

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Faculté de droit

Les obligations déontologiques de l'avocat qui accompagne son client dans un processus de médiation à l'ère de la *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile du Québec* et du *nouveau Code de déontologie des avocats*

par
Karine Poulin

Essai soumis à la Faculté de droit
en vue de l'obtention du grade de
Maître en droit (LL.M.)
Prévention et règlement des différends

Sous la supervision de Carole Sénéchal

Décembre 2015

©Karine Poulin, 2015

Résumé

La Loi instituant le nouveau Code de procédure civile du Québec reconnaît désormais une place primordiale aux modes privés de prévention et de règlement des différends. Son article premier, imposant aux parties l'obligation de considérer le recours à ces modes avant de s'adresser aux tribunaux, se veut consacrer définitivement le revirement des mentalités en faveur de la justice participative dans la pratique contemporaine du droit. Cette nouvelle vision de la justice, prônant une plus grande autonomie et responsabilisation des parties dans la gestion de leur propre dossier, redéfinit également le rôle des avocats, devenus moins « maîtres » qu'« accompagnateurs » des justiciables dans leur démarche extrajudiciaire et éventuellement judiciaire en vue de la résolution de leurs différends. Sur le plan strictement pratique, on observe pourtant une résistance des avocats à s'engager dans un processus de règlement du différend qui tend à dépasser le litige à proprement parler et pour lequel ils sont mandatés. Cette résistance trouve peut-être sa source dans les obligations déontologiques auxquelles sont tenus les avocats. L'objectif de la présente recherche consiste à vérifier si le *nouveau Code de déontologie des avocats* a été modifié de manière à permettre à l'avocat qui accompagne son client en médiation de s'acquitter de ses obligations déontologiques avec un degré de certitude suffisant, et ce, à la lumière des exigences que porte le *nouveau Code de procédure civile*. Le cas échéant, nous espérons que le fruit de notre recherche pourra servir de point de départ à une réflexion au sein du Barreau du Québec afin qu'il soit tenu compte de cette réalité dans le cadre de la pratique contemporaine du droit.

Abstract

The Quebec *Act to establish the new Code of Civil Procedure* now recognizes an important place to private dispute prevention and resolution processes. The first article, which imposes to parties the obligation to consider these processes before referring their dispute to the courts, is aimed at sanctioning a positive attitude shift in favor of participatory justice in the legal practice. This new vision of justice, advocates greater autonomy and accountability of the parties concerned in the managing of their own dispute, tends to redefine the role of lawyers who become less “masters” than “guiding” individuals in their extrajudicial and eventual judicial resolution process. Yet, on a strictly practical level some resistance may be met amongst lawyers as they are hesitant to go beyond the dispute itself in order to devise more innovative and efficient solutions. Such a resistance may be rooted in ethical obligations applicable to all lawyers. The objective of this research is thus to verify whether the new *Code of ethics of advocates* has been amended in a way to allow lawyers to assist their clients in the mediation process while respecting their ethical obligations with a sufficient degree of certainty and in light of the new requirements of the *new Code of Civil Procedure*. Where appropriate, we hope the result of our study may serve as a starting point for further reflections within the Bar of Quebec to take account of this reality in contemporary practice of law.

Remerciements

Je tiens à remercier ma mère, aujourd'hui décédée, pour ses encouragements.

Je remercie également mon époux, pour avoir cru en moi et avoir assumé à ma place le transport de nos quatre enfants lors de leurs activités sportives pour me permettre de compléter ma maîtrise.

Un merci tout spécial à ma directrice de thèse pour ses conseils et son aide continue.

Enfin, je dédie ce projet de recherche à mes enfants, Brandon (15 ans), Megan (12 ans), Laurie (9 ans) et Keith (6 ans) qui ont accepté de se priver de leur maman pour me permettre d'accomplir mon projet, malgré mes nombreuses heures de travail comme praticienne. À vous, mes enfants, je souhaite que vous développiez le goût d'apprendre et conserviez votre curiosité naturelle.

Les obligations déontologiques de l'avocat qui accompagne son client dans un processus de médiation à l'ère de la *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile du Québec* et du *nouveau Code de déontologie des avocats*

1. Introduction et point de départ	5
2. La problématique.....	10
2.1. Exposé et contextualisation du problème	10
2.2. Objectif de cette recherche	17
2.3. Question spécifique.....	17
2.4. Pertinence de la question de recherche	18
2.5. L'hypothèse retenue.....	18
3. Méthodologie de la recherche	18
3.1. Approche générale de la recherche	18
3.2. Les outils d'information utilisés	19
4. Cadre conceptuel	19
5. Les modes alternatifs de règlement des différends	25
5.1. La négociation.....	27
5.2. La médiation	34
5.3. L'arbitrage	45
5.4. Les autres modes privés de règlement	47
5.5. Les obligations professionnelles qui en découlent	47
6. L'incompatibilité des obligations de l'avocat-accompagnateur dans le processus de médiation avec certaines de ses obligations déontologiques ...	51
6.1. Obligation d'intégrité.....	52
6.2. Obligation de l'avocat-accompagnateur en matière de conflit d'intérêts	54
6.3. Obligation de confidentialité	58
6.4. Obligation de compétence	63
6.5. La responsabilité professionnelle de l'avocat-accompagnateur	70
7. Conclusion.....	71
Bibliographie.....	74

1. Introduction et point de départ

Bien avant l'arrivée des ordres professionnels, existaient au Québec des corporations professionnelles qui avaient pour mission la protection du public¹. Toutefois, le contexte socio-économique de l'époque permettait à ces corporations de promouvoir aussi, dans une certaine mesure, les intérêts de leurs membres². Or, en 1966 avait lieu la Commission Castonguay-Nepveu laquelle constate que les corporations professionnelles protègent les intérêts de leurs membres davantage que ceux du public³.

Aux termes de sa mission, en 1970, la Commission recommande une réforme complète de l'organisation des professions et propose d'assujettir toutes les corporations professionnelles à une loi-cadre, le *Code des professions*⁴. Selon les recommandations, le *Code des professions* consacrerait la protection du public comme mission unique des ordres professionnels et établirait les pouvoirs de celles-ci en matière d'enquête et de répression des actes dérogatoires⁵. Par l'adoption d'un tel Code, on souhaitait envoyer un message clair à l'effet que les corporations professionnelles avaient pour mission la protection du public et non la promotion des intérêts de leurs membres⁶.

Suivant les recommandations de la Commission, est sanctionné en 1973 le *Code des professions*⁷ lequel entra en vigueur le 1^{er} février 1974. L'article 23 du *Code des professions* énonce en toutes lettres que les ordres professionnels ont pour mission la

¹ Gaétane Desharnais, *La professionnalisation: entre la protection du public et l'intérêt des professionnels*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2008 à la p 2 [Desharnais, «La professionnalisation»].

² *Ibid.*

³ *Ibid* à la p 13.

⁴ *Ibid.*

⁵ Brigitte Nadeau et Michèle St-Onge, «Éthique et déontologie» (2009) Congrès annuel du Barreau du Québec 3.

⁶ Desharnais, «La professionnalisation», *supra* note 1 à la p 2.

⁷ *Code des professions*, RLRQ c C-26.

protection du public⁸. Il prévoit également qu'il revient aux ordres professionnels de contrôler à la fois l'accès et l'exercice de la profession par ses membres⁹.

Le *Code des professions*¹⁰ prévoit notamment que sont constitués un certain nombre d'ordres professionnels. Par ailleurs, l'ordre professionnel des avocats, connu sous le nom du Barreau du Québec, est constitué en vertu de la *Loi sur le Barreau*¹¹. Le Barreau du Québec contrôle l'accès à la profession de même que l'exercice de la profession d'avocat par ses membres.

Plus précisément, le Barreau du Québec assure la formation professionnelle de ses membres avant de leur permettre d'accéder à la profession. Tant au baccalauréat qu'à l'École du Barreau, la formation des juristes est principalement axée sur l'apprentissage, l'interprétation et l'application des règles du droit positif¹².

De plus, conformément aux pouvoirs et devoirs qui lui sont dévolus, le Barreau du Québec a adopté un *Code de déontologie*, dont la plus récente version est entrée en vigueur le 26 mars 2015. Ce nouveau *Code de déontologie des avocats*¹³ (ci-après le « nouveau Code de déontologie ») prévoit les devoirs et obligations déontologiques auxquels sont assujettis tous les avocats. Tout manquement à ce nouveau Code de déontologie est susceptible d'entraîner de graves conséquences sur le droit de pratique

⁸*Ibid*, art 23; Raymond Doray, «Le devoir de confidentialité et le conflit d'intérêts», dans École du Barreau du Québec, *Éthique, déontologie et pratique professionnelle*, Cowansville (Qc) Yvon Blais, 2015-2016, 45 à la p 47[Doray, «Confidentialité»]; Goulet, Mario. *Le droit disciplinaire des corporations professionnelles*, Cowansville (Qc), Yvon Blais 1993 à la p 14 [Goulet, «Droit disciplinaire»]; Jean-Claude Hébert, «La faute professionnelle des avocats» (2012) Congrès annuel du Barreau du Québec 2 à la p 4 [Hébert, «Faute professionnelle»]; Sylvie Poirier, «L'objectif de protection du public: quand la fin justifie les moyens – variations sur un thème», dans *Développements récents en déontologie, droit professionnel et disciplinaire* (2005) Barreau du Québec, Service de la formation permanente du Barreau du Québec, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 119 à la p 122 [Poirier, «Protection du public»].

⁹*Notaires c Dugas*, 2002 CanLII 41280 (QC CA); Goulet, «Droit disciplinaire», *supra* note 8 à la p 12.

¹⁰*Code des professions*, *supra* note 7, art 24.

¹¹*Loi sur le barreau*, RLRQ c B-1.

¹² Philippe Samson, «Justice participative et droit collaboratif. Vers une nouvelle pratique du droit» (2009) 41 :10 J du B 33 [Samson, «Justice»].

¹³*Code de déontologie des avocats*, RLRQ c B-1, r 3.1 [*Code de déontologie*].

du professionnel¹⁴. Depuis quelques années, on observe une augmentation des plaintes retenues et des décisions rendues contre des avocats¹⁵.

Parallèlement aux études faites et aux recommandations de la Commission Castonguay-Nepveu, on observe, depuis les années 70, une émergence des modes de prévention et règlement des différends, aussi appelés PRD¹⁶. Plus près de nous, les dix dernières années ont vu croître les demandes pour les modes alternatifs de prévention et règlement des différends, dont la médiation¹⁷. En médiation les parties sont appelées à exprimer non seulement les faits générateurs de droit mais également leurs besoins, leurs intérêts de même que leurs valeurs. Aussi, les parties sont invitées à considérer *toute autre forme de règle et normativité* à laquelle elles adhèrent¹⁸ pour trouver une solution satisfaisante à leur problème commun, au-delà et par-delà les règles du droit positif¹⁹.

En effet, depuis plusieurs années déjà on assiste à une crise du droit qui se manifeste notamment par une désertion des tribunaux étatiques²⁰. La solution qu'apporte la norme juridique ne fait pas consensus. Au contraire, l'écart entre la solution offerte

¹⁴ Hébert, « Faute professionnelle », *supra* note 8 à la p 9.

¹⁵ *Ibid* à la p 2.

¹⁶ Jacques Faget, *Médiation et action publique : La dynamique du fluide*, Pessac, Presses universitaires de Bordeaux, 2005 à la p 3 [Faget, « Dynamique »]; Serge Roy, Avi Schneebalg et Éric Galton, *La médiation : préparer, représenter, participer*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2005 à la p 4 [Roy, Schneebalg et Galton, « Médiation »]; Martha Shea et Suzanne Clairmont, « Le droit collaboratif : la diversification de la pratique », dans *Développements récents en justice participative: la diversification de la pratique de l'avocat 2006*, (2006) Barreau du Québec, Service de la formation permanente du Barreau du Québec, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 127 [Shea et Clermont, « Diversification »].

¹⁷ Louis Baribeau, « Le règlement à l'amiable : Mode de règlement de plus en plus prisé », (2004) 36 : 12 J du B 4; Ginette Latulippe, *La médiation judiciaire : un nouvel exercice de justice*, Cowansville (Qc), Yvon Blais 2012 aux pp 14-15 [Latulippe, « Médiation judiciaire »].

¹⁸ Louise Lalonde, « Médiation et droit : opposition, intégration ou transformation ? Le « continuum » dans la pratique civile et commerciale de la médiation », dans *Développements récents en médiation* (2001) Barreau du Québec, Service de la formation permanente du Barreau du Québec, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 73 à la p 87 [Lalonde, « Continuum »].

¹⁹ Jean-François Roberge, *L'intervention des juges en conférence de règlement à l'amiable : Exploration des paramètres généraux et de leur interprétation*, essai de M Sc, Université de Sherbrooke, 2004 [non publié] aux pp 34-35 [Roberge, « Intervention »].

²⁰ Latulippe, « Médiation judiciaire », *supra* note 17 à la p 1; Otis, Louise. « La transformation de notre rapport au droit par la médiation judiciaire » dans 8^e Conférence Albert Mayrand, Montréal, Thémis, 2004 7 à la p 4 [Otis, « Médiation judiciaire »]; Samson, Philippe, « La résolution des conflits du XXI^e siècle » (2009) 41 : 12 J du B 3 [Samson, « Résolution »].

par le système judiciaire et les besoins des parties est souvent source d'insatisfaction²¹. Si, « dans l'histoire, le droit est l'un des cadres de référence qui fut construit et reconstruit dans l'espoir d'expliquer à l'humain là où il pouvait aller et en quoi ses choix pouvaient s'avérer légitimes d'un point de vue individuel et collectif²² », il apparaît que les limites inhérentes au système contradictoire basées sur des règles substantives de droit mais également des règles de preuve, ne permettent pas toujours de trouver la meilleure solution afin d'éteindre complètement le conflit²³. Du coup, les coûts judiciaires, émotifs, psychologiques, les délais de même que l'insatisfaction générale des contribuables face aux décisions judiciaires²⁴ les poussent à revendiquer leur autonomie dans la détermination de l'issue de leur différend²⁵.

Alors que le système de justice traditionnel est basé sur une vision individuelle dans le cadre duquel l'avocat met au service du client ses connaissances et ses habiletés juridiques²⁶, le processus communicationnel mis en place en médiation permet aux parties une réappropriation de leurs droits et une plus grande satisfaction envers la solution adoptée, ce qui expliquerait l'engouement pour ce mode de règlement²⁷.

²¹ Lalonde, «Continuum», *supra* note 18 à la p 79; Latulippe, «Médiation judiciaire», *supra* note 17 à la p 1; Shea et Clermont, «Diversification», *supra* note 16 à la p 115.

²² Louis Marquis, «La prévention et le règlement des différends : vers quel droit ?» (2003) 1 : 3 RPRD 17 à la p 19 cité dans Roberge, «Intervention», *supra* note 19 à la p 38.

²³ Otis, «Médiation judiciaire», *supra* note 20 à la p 7.

²⁴ Latulippe, «Médiation judiciaire», *supra* note 17 aux pp 94-95; Otis, «Médiation judiciaire», *supra* note 20 aux pp 13, 20.

²⁵ Otis, «Médiation judiciaire», *supra* note 20 à la p 7; Samson, «Résolution», *supra* note 20 à la p 3; Shea et Clermont, «Diversification», *supra* note 16 à la p 107; Carole Sénéchal, recension de *La justice participative: Changer le milieu juridique par une culture intégrative de règlement des différends* de Jean-François Roberge (2012) *Revue d'arbitrage et de médiation* 97 aux pp 99-100 [Sénéchal, «Recension»].

²⁶ Samson, «Justice», *supra* note 12.

²⁷ Brian Clark, *Lawyers and mediation*, 1^{ère} éd, coll Springer link Humanities Berlin, Springer Berlin Heidelberg, Social Sciences & Law, 2012; Louise Lalonde, «Les modes de PRD : vers une nouvelle conception de la justice», (2003) 1 : 2 RPRD 17 aux pp 21, 31; Jovette Létourneau et André Ladouceur, «Le rôle de l'avocat en médiation», dans *Développements récents en médiation (2001)* Barreau du Québec, Service de la formation permanente du Barreau du Québec, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 33 aux pp 35, 45, 46 [Létourneau et Ladouceur, «Rôle de l'avocat»]; Otis, «Médiation judiciaire», *supra* note 20 aux pp 14, 20.

Par ailleurs, la *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*²⁸ (ci-après appelée le « *nouveau C.p.c.* » ou encore le « *nouveau Code de procédure civile* »), appelée à entrer en vigueur le 1^{er} janvier 2016, rend désormais obligatoire la considération des modes de PRD avant de saisir les tribunaux judiciaires. Ainsi, le recours aux tribunaux doit désormais être vu comme une alternative subsidiaire lorsque les tentatives de règlement du différend ont échouées²⁹.

Se pose alors la question de la place de la norme juridique comme référent dans le cadre de la médiation. Si certains prétendent que celle-ci est garante de l'équité du règlement³⁰, d'autres avancent que la norme juridique limite les possibilités de recherche d'une solution créative qui répond aux besoins et aux intérêts des protagonistes³¹.

Sur le plan strictement pratique, on observe un manque d'habiletés et une résistance des avocats à s'engager dans un processus de règlement du différend qui tend à dépasser le litige à proprement parler et pour lequel ils sont mandatés. Nos observations nous amènent à constater que les avocats ne sont pas naturellement enclins à sortir des sentiers battus du droit étatique pour trouver une solution qui soit perçue comme juste et équitable par leurs clients, à la lumière d'une normativité autre que la règle de droit.

Si le manque d'habiletés peut en partie s'expliquer par une formation orientée uniquement sur la connaissance et la maîtrise des règles de droit, la résistance trouve

²⁸PL 28, *Loi instituant le nouveau code de procédure civile*, 1^{ère} sess, 40^e lég, Québec, 2014, (sanctionné le 21 février 2014), LQ 2014, c 1 [*nouveau Cpc*].

²⁹Loïc Cadiet, «Conférence de synthèse: le rôle social de l'avocat dans un contexte global» dans Benoît Moore, Catherine Piché et Marie-Claude Rigaud, dir, *L'avocat dans la cité: éthique et professionnalisme*, Montréal, Thémis, 2012, 221 à la p 237 [Cadiet, «Rôle social de l'avocat»]; Marie-France Chabot, «Le rôle de l'avocat à l'heure des modes alternatifs de règlement des litiges», dans *Développements récents en médiation* (1996) Barreau du Québec, Service de la formation permanente du Barreau du Québec, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 127 à la p 130 [Chabot, «Rôle de l'avocat»].

³⁰Andrew Pirie, «The lawyer as Mediator: Professional responsibility Problems or Profession Problems? », (1985) 63 Can Bar Rev 384 cité dans Latulippe, «Médiation judiciaire», *supra* note 17 à la p 95.

³¹Roger Fisher et William Uri, *Getting to Yes – Negotiating Agreement Without Giving In*, Penguin Books 1991 à la p 40 cité dans Latulippe, «Médiation judiciaire», *supra* note 17 à la p 97; Samson, «Résolution», *supra* note 20 à la p 3.

peut-être sa source dans les obligations déontologiques auxquelles sont tenus les avocats. Se pose alors la question du rôle de l'avocat lorsqu'il s'engage dans un processus de médiation avec son client. Plus précisément, comment l'avocat peut-il s'engager dans un processus de médiation avec son client tout en respectant à la fois la finalité de la médiation et ses obligations déontologiques? C'est dans le cadre d'une pratique réflexive en médiation qu'est né ce questionnement.

Nous désirons attirer l'attention du lecteur sur le fait que le présent travail ne tient compte que des médiations tenues en présence d'un médiateur accrédité au sens du 2^e alinéa de l'article 606 du *nouveau C.p.c.*³²

2. La problématique

La question de recherche (2.3) ainsi que sa pertinence (2.4) se comprennent à la lumière des mutations sociales contemporaines (2.1) motivant l'objectif de la présente étude (2.2). Notre hypothèse initiale sera formulée brièvement (2.5).

2.1. Exposé et contextualisation du problème

L'avocat québécois, issu d'un système de droit positif, binaire et contradictoire, se doit de s'acquitter de ses fonctions en conformité avec les obligations déontologiques et professionnelles qui lui sont imposées. En outre, l'avocat est tenu de défendre au mieux les intérêts de son client³³. Pour ce faire, il doit exercer ses activités professionnelles avec intégrité, compétence, loyauté, dignité, désintéressement, prudence et diligence³⁴. Il doit, à ce titre, agir en tout temps en fonction du meilleur intérêt de son client et dans le respect de la règle de droit³⁵. Il est aussi tenu au respect du secret professionnel.

³²*Nouveau Cpc*, *supra* note 28.

³³ Jean-François Gaudreault-DesBiens et Diane Labrèche, *Le contexte social du droit dans le Québec contemporain : L'intelligence culturelle dans la pratique des juristes*, Cowansville (Qc), Yvon Blais 2009 à la p 3 [Gaudreault-DesBiens et Labrèche, «Intelligence culturelle»].

³⁴*Code de déontologie*, *supra* note 13, art 20.

³⁵*Ibid*, art 23; Samson, «Justice», *supra* note 12.

Dans le cadre de ses fonctions, l'avocat doit traduire en langage juridique le problème factuel que lui soumet son client et informer ce dernier quant à ses droits et ses obligations eu égard à sa situation particulière³⁶. Il doit aussi l'informer des divers modes ou avenues de règlement du litige pour lequel il est consulté.

De par sa formation, l'avocat québécois se distingue de ses confrères et consœurs canadiens et américains puisqu'il ne possède généralement aucune autre formation universitaire que celle du droit³⁷. Dans le cadre de sa formation universitaire, et par la suite à l'école du Barreau, le juriste est formé à identifier, interpréter et appliquer les bonnes règles de droit, au bon moment³⁸.

Les connaissances transmises lors de la formation en droit sont encore largement de type doctrinal, c'est-à-dire que la perspective adoptée pour parler du droit demeure la plupart du temps interne à celui-ci: à partir des sources primaires et secondaires reconnues ou légitimées en droit, c'est le point de vue des acteurs du droit qui se trouve systématiquement privilégié, et c'est donc le discours officiel du droit sur lui-même qui monopolise la formation³⁹.

Nous croyons donc pouvoir avancer sans trop d'hésitation que les compétences acquises par les juristes dans le cadre de leur formation sont majoritairement sinon presque exclusivement juridiques.

Or, loin d'être nouveaux, les modes de PRD dont la médiation existent dans le paysage québécois depuis plusieurs années. Toutefois, le *nouveau C.p.c.* exige désormais des parties qu'elles considèrent les modes de PRD avant de saisir les tribunaux⁴⁰.

Nombreux sont ceux à affirmer que le rôle de l'avocat doit être redéfini dans le contexte actuel du droit⁴¹ afin d'élargir sa vision du conflit au-delà du simple litige

³⁶ Violaine Belzile, «Le rôle du conseiller juridique indépendant et la médiation» (2008) 2 :1 Revue scientifique de l'AIFI 13 à la page 16 [Belzile, «Conseiller juridique indépendant»]; Gaudreault-DesBiens et Labrèche, «Intelligence culturelle», *supra* note 33 aux pp169-170; Létourneau et Ladouceur, «Rôle de l'avocat», *supra* note 27 à la p 45.

³⁷ Gaudreault-DesBiens et Labrèche, «Intelligence culturelle», *supra* note 33 à la p 30.

³⁸ *Ibid* aux pp 30-31.

³⁹ *Ibid* à la p 32.

⁴⁰ *Nouveau Cpc*, *supra* note 28, art 1.

⁴¹ Chabot, «Rôle de l'avocat», *supra* note 29 à la p 130; Létourneau et Ladouceur, «Rôle de l'avocat», *supra* note 27 à la p 35; Samson, «Justice», *supra* note 12.

juridique⁴². De cela découle la nécessité pour l'avocat d'acquérir de nouvelles connaissances et de nouvelles attitudes⁴³.

Cette position semble trouver écho dans la Disposition préliminaire du *nouveau Code de procédure civile* ainsi que dans le préambule du *nouveau Code de déontologie des avocats*⁴⁴. Le *nouveau Code de déontologie*⁴⁵ se veut novateur en ce qu'il est le premier code de déontologie à contenir un préambule énonçant les valeurs éthiques et les principes qui doivent inspirer et guider les avocats dans le cadre de leur pratique. Le préambule stipule notamment que l'avocat doit prendre en compte le contexte social dans lequel le droit évolue⁴⁶. Il s'agit là d'une nouveauté par rapport aux versions précédentes. De plus, le *nouveau Code de déontologie* entré en vigueur le 26 mars 2015 prescrit aussi de *considérer tous les moyens disponibles* pour régler le litige à toutes les étapes du dossier⁴⁷.

Quant à lui, le *nouveau C.p.c.* (dont l'entrée en vigueur est le 1^{er} janvier 2016) contient également des dispositions évocatrices de la nouvelle philosophie.

Le nouveau Code de procédure civile du Québec rappelle d'entrée de jeu à l'article 1^{er} le caractère volontaire et l'objectif de régulation des modes privés de prévention et de règlement des différends en coordination avec le système judiciaire. Dans la même disposition le législateur rappelle la liberté de choix dont disposent les citoyens afin de retenir le mode privé de prévention et de règlement des différends qu'ils jugent le plus approprié à leur situation, à leurs besoins, à leurs attentes ou perception de justice⁴⁸.

⁴²Sénéchal, «Recension», *supra* note 25 à la p 100.

⁴³ Louis Marquis, «La prévention et le règlement des différends : socles du nouveau Code de procédure civile du Québec» dans Louise Lalonde et Stéphane Bernatchez, dir, *Le nouveau Code de procédure civile du Québec*, Sherbrooke, Les éditions Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke, 2014, 373 à la p 396 [Marquis, «Prévention et règlement»].

⁴⁴ *Code de déontologie*, *supra* note 13, préambule; *Nouveau Cpc*, *supra* note 28, Disposition Préliminaire.

⁴⁵ *Code de déontologie*, *supra* note 13.

⁴⁶ *Code de déontologie*, *supra* note 13, préambule, al 9; Barreau du Québec, communiqué, «Le Code de déontologie des avocats fait peau neuve» (12 mars 2015), en ligne : Site officiel du Barreau du Québec <<http://www.barreau.qc.ca/fr/actualites-edias/communiques/2015/03/12-deonto>>.

⁴⁷ *Code de déontologie*, *supra* note 13, art 42.

⁴⁸ S. Axel-Luc Hountohotegbe, «Le nouveau Code de procédure civile du Québec et le paradigme de la régulation», dans Louise Lalonde et Stéphane Bernatchez, dir, *Le nouveau Code de procédure civile*

Mais encore, le législateur va plus loin en rendant obligatoire de considérer les modes privés de prévention et règlement des différends avant de saisir les tribunaux.

Dans ce contexte, il est permis de croire que les avocats seront de plus en plus appelés à accompagner leurs clients en médiation. Certains soutiennent que l'avocat devient alors un *accompagnateur* de son client plutôt que son *représentant*⁴⁹ alors que d'autres soutiennent la position contraire, soit que l'avocat est et demeure un conseiller juridique⁵⁰, assujéti à la *Loi sur le Barreau*⁵¹ et donc, avec des devoirs et obligations déontologiques⁵², avec mission de sauvegarder les intérêts de son client⁵³.

Dans ce contexte, il est légitime de se questionner sur la manière dont l'avocat pourra vraisemblablement s'acquitter de ses obligations déontologiques, notamment eu égard à son devoir de compétence, de conseil, de confidentialité, de prudence et de diligence. Il est également tenu de s'assurer du respect de la *Loi sur le Barreau*⁵⁴, du *Code des professions*⁵⁵ et des règlements pris pour leur application.

Il est aisé de retracer dans l'expérience des situations qui pourraient potentiellement placer l'avocat dans une position délicate eu égard à ses obligations déontologiques.

Citons pour exemple une situation tirée d'un cas vécu : dans le cadre d'une conférence de règlement à l'amiable le juge-médiateur, au nom du sacro-saint principe de la confidentialité, désormais consacré par l'article 4 du *nouveau C.p.c.*, a exigé la remise des notes de la part de toutes les parties, y compris des avocats, à la fin de la séance

du Québec, Sherbrooke, Les éditions Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke, 2014, 143 [Hountohotegbe, «Paradigme»].

⁴⁹Létourneau et Ladouceur, «Rôle de l'avocat», *supra* note 27 aux pp 35, 46. Soulignons que du même souffle, les auteurs indiquent que l'avocat doit éclairer le jugement de son client, principalement sur les questions juridiques (p. 46) de même que d'apprécier les options de solution au plan légal (p. 48, 51).

⁵⁰ Earl H. Maas III, «Ethical considerations in mediation» (1998) 65:2 Defense Counsel Journal, Chicago, International Association of Defense Counsel, p 265 à la p 267 [Maas III «Ethical consideration»].

⁵¹*Loi sur le barreau*, *supra* note 11.

⁵²Shea et Clermont, «Diversification», *supra* note 16 à la p 116.

⁵³ Belzile, «Conseiller juridique indépendant», *supra* note 36 à la p 16; Roy, Schneeberg et Galton, «Médiation», *supra* note 16 à la p 103.

⁵⁴*Loi sur le barreau*, *supra* note 11.

⁵⁵*Code des professions*, *supra* note 7.

de médiation de sorte qu'aucun des avocats présents ne possèdent de notes dans son dossier concernant les échanges survenus en médiation, les concessions réciproques et les conseils donnés à leurs clients respectifs. Advenant une plainte déontologique, comment l'avocat pourrait-il fournir au syndic du Barreau ou au conseil de discipline des explications justes et précises? Certes, l'avocat, comme tout justiciable, bénéficie du droit à une défense pleine et entière⁵⁶. Bien que l'absence de notes puisse, dans certains cas, rendre pour l'avocat quasi-impossible la présentation d'une telle défense, la destruction des notes par le juge-médiateur ne lui procure aucune immunité. Le droit disciplinaire ayant pour finalité la protection du public⁵⁷, nous ne pouvons présumer que l'avocat est à l'abri de toute poursuite pour ce seul motif ni de voir sa responsabilité professionnelle engagée.

Ajoutons, de plus, que l'avocat contrevient aux normes d'exercices professionnelles en ne consignant pas l'intégralité de ses notes dans son dossier⁵⁸.

Par ailleurs, à supposer que l'avocat ait pu conserver ses notes prises en médiation, comment peut-il préserver le caractère confidentiel des documents remis par la partie adverse en médiation et dont lui seul détient une copie à l'exclusion de son client, et ce, dans l'éventualité où le client demande une copie de son dossier? Le *Code des professions*⁵⁹ de même que le *nouveau Code de déontologie*⁶⁰ exigent de l'avocat qu'il laisse le client prendre copie de son dossier.

À l'heure actuelle, le *nouveau C.p.c.* prévoit que nul ne peut obtenir un document contenu dans le dossier de médiation⁶¹. Le libellé de cette disposition nous porte à croire que celle-ci ne vise que le dossier du médiateur et non celui de l'avocat.

⁵⁶ Hébert, «Faute professionnelle», *supra* note 8 à la p 16.

⁵⁷ Guy Cournoyer et Nicolas Cournoyer, «La faute déontologique : sa formulation, ses fondements et sa preuve», dans *Développements récents en déontologie, droit professionnel et disciplinaire* (2007) Barreau du Québec, Service de la formation permanente du Barreau du Québec, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 183 à la p 202 [Cournoyer et Cournoyer, «Faute déontologique»]; Poirier, «Protection du public», *supra* note 8 à la p 122.

⁵⁸ *Règlement sur la comptabilité et les normes d'exercice professionnel des avocats*, c B-1, r 5, art 11, 16.

⁵⁹ *Code des professions*, *supra* note 7, art 60.5.

⁶⁰ *Code de déontologie*, *supra* note 13, art 53.

⁶¹ *Nouveau Cpc*, *supra* note 28, art 607.

Néanmoins, même si cette disposition était applicable au dossier de l'avocat pour tout ce qui concerne les échanges survenus dans le cadre d'une médiation, il faut s'interroger sur la conciliation de cet article avec les dispositions prévues par le *Code des professions* et le *nouveau Code de déontologie*.

Il est reconnu que la participation de l'avocat en médiation exige qu'il assume un rôle différent de celui qu'il endosse normalement dans le cadre de ses activités professionnelles⁶². Ceci exige de la part de l'avocat qu'il possède et maîtrise des compétences pour lesquelles il ne possède aucune formation ou presque⁶³, notamment la communication, la psychologie, l'éthique et la sociologie pour n'en nommer que quelques-unes⁶⁴.

Comment juger de la valeur d'un règlement au cours duquel un client renoncerait à son recours en raison de la présentation d'excuses? Comment l'avocat peut-il exercer son mandat avec compétence et conseiller son client à cet égard tout en évitant de mettre en cause sa responsabilité professionnelle? Comment peut-on exiger de l'avocat qu'il soit compétent dans un domaine étranger à celui qui relève de son expertise? Ainsi, l'avocat prudent et diligent prendra soin de mettre par écrit les informations juridiques transmises au client avant la conclusion du règlement envisagé eu égard à ses droits et obligations, les points forts et les faiblesses du dossier, ses mises en garde et recommandations et verra à faire signer une décharge de responsabilité à son client. En pratique, cette seule précaution risque de faire achopper l'entente intervenue. Ce faisant, l'avocat ne vient-il pas court-circuiter la finalité de la médiation si ledit règlement répond au besoin réel du client, soit celui de recevoir des excuses sincères?

⁶² Chabot, «Rôle de l'avocat», *supra* note 29 à la p 131; Létourneau et Ladouceur, «Rôle de l'avocat», *supra* note 27 aux pp 35, 42-46; Samson, «Justice», *supra* note 12.

⁶³ Yves F. Bergeron, «Le «Coaching» du client en médiation familiale», dans *Développements récents en médiation* (2001) Barreau du Québec, Service de la formation permanente du Barreau du Québec, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 29.

29; Samson, «Justice», *supra* note 12.

⁶⁴ Jean-François Roberge et Elvis Grahovic, «L'accès à la justice et le succès en conférence de règlement à l'amiable (CRA) : mythes et réalités» (2014) 73 R du B 435 aux pp 454-455 [Roberge et Grahovic, «CRA»].

Qu'advient-il du devoir de prudence et diligence qui s'impose à l'avocat lors de la divulgation d'informations à la partie adverse? Soulignons que l'un des postulats de la médiation est la transparence et implique la divulgation complète des informations en vue de faciliter la résolution complète du différend⁶⁵.

On le voit, de multiples questions surgissent et auxquelles le *nouveau C.p.c.* ainsi que le *nouveau Code de déontologie* semblent, à première vue, n'apporter aucune réponse⁶⁶. De fait, l'étude du *nouveau Code de déontologie*⁶⁷, eu égard aux obligations mentionnées ci-devant, fait état de peu de modifications par rapport à sa version précédente⁶⁸ sinon pour augmenter les obligations de l'avocat. Par ailleurs, l'ajout en préambule de l'obligation de prendre en considération le contexte social dans lequel le droit évolue pose un défi supplémentaire.

Les tribunaux nous enseignent que l'avocat, de par son simple statut, encourt certaines obligations auxquelles il ne peut échapper⁶⁹. Aussi, peu importe le contexte dans lequel l'avocat intervient, que ce soit devant les tribunaux, en négociation ou en médiation, l'avocat demeure assujéti à toutes et chacune de ses obligations déontologiques⁷⁰. Selon Julie Macfarlane :

(...) la mise en œuvre des règlements amiables est de nature à soulever des difficultés d'ordre déontologique (...) Il y a une éthique de la négociation et de l'accord (...) qui doit conduire les avocats à équilibrer leurs obligations contractuelles à l'égard de leur client, dont ils doivent défendre au mieux les intérêts, avec leurs devoirs généraux d'honneur, de probité et d'intégrité (...) ⁷¹

La déontologie relève du droit disciplinaire. Le droit disciplinaire est essentiellement un droit fondé sur des principes généraux plutôt que sur des règles précises qui se doivent d'être interprétés de manière souple⁷², et ce, afin de permettre « un contrôle

⁶⁵Létourneau et Ladouceur, «Rôle de l'avocat», *supra* note 27 à la p 46.

⁶⁶*Code de déontologie*, *supra* note 13; *Nouveau Cpc*, *supra* note 28.

⁶⁷*Code de déontologie*, *Ibid.*

⁶⁸*Code de déontologie des avocats*, LRQ c B-1, r 3.

⁶⁹*Côté c Rancourt*, REJB 2004-70857 (CSC); *Labrie c Tremblay*, REJB 1999-15458 (CA).

⁷⁰Hébert, «Faute professionnelle», *supra* note 8 à la p 3.

⁷¹Cadiet, «Rôle social de l'avocat», *supra* note 29 à la p 238; Maas III «Ethical consideration», *supra* note 50 à la p 267.

⁷²Cournoyer et Cournoyer, «Faute déontologique», *supra* note 57 à la p 183.

efficace de la conduite des professionnels »⁷³. La question se pose à savoir si l’avocat qui accompagne son client en médiation pourrait valablement argumenter la modification de son rôle dans un contexte de médiation et, à plus forte raison, une modulation de ses obligations déontologiques afin de tenir compte des valeurs que sous-tendent la médiation afin que soit retenue une interprétation plus souple de ses devoirs, notamment son devoir de compétence et de conseil. Quoique cela puisse se justifier, il apparaît peu probable que cette solution soit retenue ou à tout le moins, il faudra attendre que des décisions soient rendues sur le sujet.

Il apparaît ainsi d’autant plus difficilement explicable qu’un changement de philosophie aussi important se fasse sans que de nouvelles normes ou de nouvelles balises d’appréciation du comportement de l’avocat ne soient formulées.

2.2. Objectif de cette recherche

L’objectif de la présente recherche consiste à vérifier si le *nouveau Code de déontologie*⁷⁴ a été modifié de manière à permettre à l’avocat qui accompagne son client en médiation de s’acquitter de ses obligations déontologiques avec un degré de certitude suffisant, et ce, à la lumière des exigences que porte le *nouveau Code de procédure civile*⁷⁵. Le cas échéant, nous espérons que le fruit de notre recherche pourra servir de point de départ à une réflexion au sein du Barreau du Québec afin qu’il soit tenu compte de cette réalité dans le cadre de la pratique contemporaine du droit.

2.3. Question spécifique

Comment l’avocat peut-il accompagner son client lors d’une médiation sans risquer de compromettre sa responsabilité professionnelle?

Cette question se pose compte tenu de l’absence de dispositions spécifiques dans le *nouveau C.p.c.*⁷⁶ et dans le *nouveau Code de déontologie* concernant l’avocat-accompagnateur, c’est-à-dire l’avocat qui accompagne son client dans un processus

⁷³*Bolduc c Roy*, [1975] CA 505; Desharnais, «La professionnalisation», *supra* note 1 à la p 20.

⁷⁴*Code de déontologie*, *supra* note 13.

⁷⁵*Nouveau Cpc*, *supra* note 28.

⁷⁶*Ibid.*

de médiation, lequel processus vise la résolution d'un différend *autrement* qu'à la seule lumière du droit.

2.4. Pertinence de la question de recherche

Avec l'entrée en vigueur du *nouveau Code de déontologie* le 26 mars 2015 et l'entrée en vigueur du *nouveau C.p.c.* le 1^{er} janvier 2016, il nous apparaît pertinent de traiter de cette question on ne peut plus contemporaine puisque le juriste est dorénavant de plus en plus appelé à exercer dans un contexte qui se situe à l'extérieur de son champ de compétence. Le juriste doit désormais se transformer en solutionneur de différend plutôt qu'en défenseur des droits. Par ailleurs, il demeure assujéti à un certain nombre d'obligations parfois difficilement conciliables avec la pratique.

2.5. L'hypothèse retenue

La *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*⁷⁷ de même que les principes édictés en vertu du *nouveau Code de déontologie des avocats*⁷⁸ ne permettent pas à l'avocat qui accompagne son client en médiation de s'acquitter de ses obligations déontologiques avec un degré suffisant de certitude.

3. Méthodologie de la recherche

L'approche générale adoptée dans le cadre de cette recherche (3.1) ainsi que les outils utilisés (3.2) seront détaillées *infra*.

3.1. Approche générale de la recherche

Dans le cadre du présent travail, une approche qualitative a été préconisée puisqu'il s'agit de vérifier si et de quelle manière l'avocat peut s'acquitter de ses obligations déontologiques lorsqu'il accompagne un client en médiation sans toutefois court-circuiter les buts, postulats et finalités de la médiation.

⁷⁷*Ibid.*

⁷⁸*Code de déontologie, supra* note 13.

3.2. Les outils d'information utilisés

Ainsi, dans le cadre de la présente recherche, nous avons effectué principalement une recherche documentaire dans les banques de données informatisées. Nous avons consulté les bases de données juridiques, principalement SOQUIJ et CanLII, comme sociologiques de même que des dictionnaires et encyclopédies. Plus spécifiquement, la documentation traitant de la médiation, du droit disciplinaire, de la conférence de règlement à l'amiable ainsi que du droit collaboratif se sont avérés des ouvrages précieux.

La prochaine section présente le cadre conceptuel de la présente recherche ainsi que les variables et indicateurs. Il s'agit principalement des concepts d'*avocat-accompagnateur*, d'*avocat*, de *profession*, de *déontologie* et de *médiation*.

4. Cadre conceptuel

Afin de permettre une bonne compréhension de la présente étude, nous posons ci-dessous son cadre conceptuel. À ce titre, les concepts qui suivent nous apparaissent importants à poser et préciser.

D'abord, qu'entendons-nous par *avocat-accompagnateur*? Un *avocat-accompagnateur* s'entend d'un avocat qui représente une partie dans le cadre d'un litige judiciairisé ou en voie de judiciairisation et qui, dans le cadre du règlement du dossier, accompagne ce dernier dans une démarche de médiation. Il n'est donc pas question ici de l'avocat-médiateur mais bien du conseiller juridique indépendant. À titre illustratif, il pourrait s'agir de l'avocat qui aurait adressé une mise en demeure à une partie ou qui aurait institué un recours, pour et au nom de son client, devant les tribunaux de droit commun ou devant un tribunal arbitral dans le cadre d'un litige entre actionnaires. Nous excluons tout le champ relevant du droit criminel et pénal.

Ainsi, retenons que l'avocat-accompagnateur est d'abord et avant tout un avocat. Simplement, il accompagne son client dans une démarche de règlement du litige afin d'éviter un procès ou une escalade de procédures.

Fondamentalement, l'avocat est une personne qui fait profession d'agir comme conseiller en matière juridique et dont le rôle est de représenter et défendre les intérêts de son client devant les différentes instances⁷⁹. Ainsi, l'avocat détermine d'abord les droits et obligations de son client, le conseille quant à ceux-ci et, le cas échéant, défend ses droits et intérêts devant une cour de justice ou un tribunal arbitral. De par son mandat, l'avocat doit adopter des attitudes et des règles de comportement propres à la compétition et faire en sorte que les intérêts de son client soient satisfaits. L'avocat qui mettrait de côté la protection des intérêts de son client au profit d'autres considérations comprendrait mal son rôle⁸⁰. Roberge parle du « *lawyer's standard philosophical map* »⁸¹, notion sur laquelle nous reviendrons dans le prochain chapitre. Ceci étant, ce but ne sera atteint que si les intérêts de la partie adverse ne le sont pas⁸². Ainsi, dans le cadre de ses fonctions l'avocat prodigue des conseils et ceux-ci sont de nature juridique. Il ne saurait être question pour lui de fournir des conseils en matière de comptabilité ou de psychologie.

Quant à la notion même de « conseil », nous y revenons un peu plus loin dans la présente section.

Les termes « défendre » et « représenter », pour leur part, ont une connotation de parti-pris. En cette matière, plusieurs théories coexistent. Selon la théorie réaliste, l'avocat doit défendre son client, coûte que coûte, et exploiter les règles du jeu au maximum. L'essentiel de cette théorie peut se résumer ainsi :

L'avocat consciencieux exploitera toutes les ressources permises par la loi afin que son client ait gain de cause, que ces moyens soient permis ou non par les règles de l'éthique « ordinaire ». Pis encore, l'avocat qui se ferait trop de scrupules moraux avant d'exploiter au nom de son client un avantage permis par la loi risquerait de se voir imputer une faute professionnelle⁸³.

⁷⁹ *Multidictionnaire de la langue française*, 4^e éd, *subverbo* «avocat».

⁸⁰ Roberge, «Intervention», *supra* note 19 à la p 49.

⁸¹ *Ibid* à la p 42.

⁸² Weinstock, Daniel. «Introduction aux fondements de l'éthique et de la déontologie» dans École du Barreau du Québec, *Éthique, déontologie et pratique professionnelle*, Cowansville (Qc) Yvon Blais, 2014-2015 à la p 19 [Weinstock, «Éthique et déontologie»].

⁸³ *Ibid* à la p 20.

À l'opposé, la théorie angéliste prône ceci :

L'avocat doit défendre son client, mais il doit le faire en visant la justice plutôt que simplement la victoire. Selon la position de l'angéliste, l'avocat ne peut pas faire l'économie d'une réflexion personnelle sur la validité morale des intérêts qu'il tente de promouvoir⁸⁴.

Aux fins du présent travail, nous avons adopté l'interprétation modérée proposée par Weinstock relativement aux termes *défendre* et *représenter*. Selon cette interprétation, l'avocat n'est pas neutre et il se doit d'utiliser les moyens permis par la loi afin de présenter la situation de son client sous le meilleur jour possible⁸⁵. Par ailleurs, si l'avocat ne peut soutenir n'importe quelle interprétation des lois et des faits, au risque d'y perdre sa crédibilité, il ne peut non plus agir de manière à nuire à son client. Devant un dilemme entre sa fonction d'officier de justice et celle de partisan, l'avocat serait justifié de privilégier son rôle de combattant et de défendre les droits de son client dans les limites de ce que permet la loi⁸⁶. Ainsi, si une preuve défavorable et inconnue de la partie adverse est en la possession du client, l'avocat n'a pas l'obligation de l'utiliser ou d'en informer la partie adverse. Il appartiendra au juge de différencier le bon grain de l'ivraie⁸⁷.

Quant aux droits et intérêts du client que l'avocat est tenu de défendre, il s'agit du droit à la confidentialité et à la vie privée de même que ceux susceptibles d'affecter son patrimoine ou son intégrité physique ou psychologique⁸⁸. Par exemple, la défense des droits et intérêts d'un client dans le cadre d'un divorce pourrait être de demander un partage inégal du patrimoine familial si la preuve permet de soutenir cette position.

⁸⁴ *Ibid* à la p 23.

⁸⁵ *Ibid* à la p 27.

⁸⁶ *Ibid*.

⁸⁷ *Ibid*.

⁸⁸ Desharnais, «La professionnalisation», *supra* note 1 aux p 13.p. 1, 35.

Parce qu'il exerce une profession libérale, c'est-à-dire une activité d'ordre intellectuel pour laquelle il perçoit des honoraires, exercée sous le seul contrôle d'un ordre professionnel⁸⁹, l'avocat est tenu au respect des normes édictées par celui-ci.

Les ordres professionnels étant les organes de régulation des professions, ceux-ci jouissent des prérogatives étatiques tel le *pouvoir réglementaire*⁹⁰ et le *pouvoir disciplinaire*. Ceux-ci ayant pour mission première la *protection du public*⁹¹ ils contrôlent notamment l'accès à la profession de même que l'exercice de la profession par ses membres.

La notion de *protection du public* est apparue au même moment où sont adoptées les diverses lois visant la protection du consommateur. La *protection du public* s'entend ici au sens de la sécurité du public. Vu la difficulté du public à apprécier la qualité des services rendus⁹², il devient nécessaire, pour leur protection, d'édicter des règles qui permettent de favoriser la protection des consommateurs.

Le *pouvoir réglementaire* autorise les ordres professionnels à édicter des règles et normes de conduite. Le *pouvoir disciplinaire*, quant à lui, permet de sanctionner les conduites qui s'écartent des normes établies.

Ce sont les ordres professionnels qui déterminent les règles de déontologie et qui s'assurent de leur respect. Un manquement à ces règles peut entraîner des poursuites disciplinaires.

Le principal texte réglementaire qu'adoptent les ordres professionnels est le code de déontologie applicable à ses membres. Plus précisément, un code de déontologie est un texte réglementaire énonçant l'ensemble des règles et des principes que doivent

⁸⁹ *Grand dictionnaire terminologique*, <http://www.granddictionnaire.com/ficheOqlf.aspx?Id_Fiche=8871245f.aspx?Id_Fiche=8871245>, *subverbo* «profession».

⁹⁰ Goulet, «Droit disciplinaire», *supra* note 8 à la p 12.

⁹¹ *Code des professions*, *supra* note 7, art 23.

⁹² Migué, Jean-Luc et Gérard Bélanger. *Le prix de la santé*, Montréal, Hurtubise HMH, 1972 à la p 206 cité dans Goulet, «Droit disciplinaire», *supra* note 8 à la p 63.

respecter les professionnels dans l'exercice de leurs fonctions⁹³ et faisant état des devoirs, des obligations et des responsabilités auxquels sont soumis ceux qui l'exercent.

La déontologie fait partie du droit disciplinaire lequel vise le respect des obligations déontologiques par les professionnels et les sanctions en cas de manquement⁹⁴. C'est un droit *sui generis* et les règles sont rédigées de manière large et imprécise afin de permettre leur adaptation à la diversité des situations⁹⁵. Il importe de rappeler que les codes de déontologie visent le maintien de certains standards professionnels⁹⁶ ainsi que la protection du public et non celle des professionnels. La faute disciplinaire doit normalement être liée à l'exercice de la profession⁹⁷.

Toutefois, l'article 152 du *Code des professions*⁹⁸ (qui reprend l'article 107 de la *Loi sur le Barreau*⁹⁹, désormais abrogé) assujettit les professionnels à des standards plus élevés. Ainsi, la conduite du professionnel doit rencontrer les standards déontologiques en toutes circonstances.

Néanmoins, même si les codes de déontologie édictent les règles d'un comportement idéal¹⁰⁰, la faute, pour sa part, naît d'un comportement inacceptable, d'un écart marqué par rapport à la norme édictée, et qui doit revêtir une certaine gravité¹⁰¹. Elle se distingue de l'erreur.

[...] le non-respect des normes implique une violation de l'obligation de prudence, de diligence, d'habileté et de compétence, alors que l'erreur technique découle d'une défaillance accidentelle dans l'exécution d'un acte

⁹³ Hébert, «Faute professionnelle», *supra* note 8 à la p 4; Weinstock, «Éthique et déontologie», *supra* note 82 à la p 19.

⁹⁴ Cournoyer et Cournoyer, «Faute déontologique», *supra* note 57 à la p 197.

⁹⁵ *Bécharde c Roy*, [1975] CA 509; Desharnais, «La professionnalisation», *supra* note 1 à la p 37; Doray, «Confidentialité», *supra* note 8 à la p 47; Hébert, «Faute professionnelle», *supra* note 8 à la p 9.

⁹⁶ Desharnais, «La professionnalisation», *supra* note 1 à la p 47; Goulet, «Droit disciplinaire», *supra* note 8 à la p 24.

⁹⁷ *Tremblay c Dionne*, 2006 CanLII 1441 (QC CA).

⁹⁸ *Code des professions*, *supra* note 7, art 152.

⁹⁹ *Loi sur le barreau*, *supra* note 11.

¹⁰⁰ Cournoyer et Cournoyer, «Faute déontologique», *supra* note 57 à la p 183.

¹⁰¹ *Malo c Infirmières et infirmiers*, 2003 QCTP 132, aux para 23-24; *Tremblay c. Dionne*, *supra* note 97, au para 11; Goulet, «Droit disciplinaire», *supra* note 8 à la p 39; Hébert, «Faute professionnelle», *supra* note 8 à la p 13.

pourtant planifié et entrepris avec prudence, diligence, habileté et compétence. De plus, pour que ce non-respect des normes constitue une faute déontologique, encore faut-il que la violation par un professionnel de son obligation de prudence, de diligence, d'habileté et de compétence soit, d'autre part, suffisamment grave pour entacher sa moralité ou sa probité professionnelle.¹⁰²

Il importe de noter que la faute disciplinaire, contrairement à la faute civile et pénale, est « une faute *in personam*, imprescriptible, sans égard aux dommages causés et prospective¹⁰³ ».

La déontologie se distingue de l'éthique. En effet, pour Isaac Henri, on peut distinguer l'éthique de la déontologie de la manière suivante :

Littéralement, alors que l'éthique s'inspire de la morale, la déontologie s'intéresse aux devoirs et obligations des professionnels. L'éthique affiche des principes directeurs; les règles déontologiques leur donne un contenu palpable. La déontologie touche aux situations courantes de la profession d'avocat. En définitive, ce corpus de règles vise à proposer des solutions pratiques aux devoirs et obligations incombant aux membres du barreau¹⁰⁴.

Le Barreau du Québec étant l'ordre professionnel des avocats¹⁰⁵, il jouit donc des prérogatives énoncées ci-devant.

Le nouveau *Code de déontologie des avocats*¹⁰⁶ adopté par le Barreau du Québec impose à ses membres de nombreux devoirs et obligations mais qu'il nous suffise, afin d'illustrer notre propos, de souligner, au sixième (6^e) chapitre, ceux qui revêtent une importance particulière dans le cadre de la présente recherche. Par ailleurs, la « question de savoir, si dans un cas donné, la conduite d'un avocat contrevient à une norme déontologique relève entièrement de l'appréciation discrétionnaire du conseil

¹⁰² Comité – dentistes – 1 [1988] D.D.C., p. 77, à la p. 80.

¹⁰³ Goulet, «Droit disciplinaire», *supra* note 8 aux pp 46, 49; voir aussi Poirier, «Protection du public», *supra* note 8 à la p 136.

¹⁰⁴ Isaac Henri, «Éthique individuelle, déontologie professionnelle et management», XIIIe Entretiens Jacques-Cartier HEC Montréal, 05-10-2000 7 cité dans Hébert, «Faute professionnelle», *supra* note 8 à la p 5.

¹⁰⁵ *Code des professions*, *supra* note 7, art 1, annexe I, art 1.

¹⁰⁶ *Code de déontologie*, *supra* note 13.

de discipline¹⁰⁷ » lequel conseil est composé de pairs¹⁰⁸. Le comportement reproché sera examiné à la lumière du critère de l'avocat normalement compétent, prudent et diligent, à l'époque des faits en litige¹⁰⁹.

Enfin, le *nouveau Code de déontologie* exige aussi que l'avocat agisse de manière à respecter la *Loi sur le Barreau*¹¹⁰, le *Code des professions*¹¹¹ ainsi que les règlements pris pour leur application¹¹².

5. Les modes alternatifs de règlement des différends

Le *nouveau C.p.c.* prévoit désormais une obligation pour les parties de *considérer* les modes alternatifs de règlement des différends avant de s'adresser aux tribunaux¹¹³. L'obligation de *considérer* peut se définir comme étant l'acte d'examiner attentivement¹¹⁴, d'étudier les avantages et les désavantages. Les modes alternatifs de règlement des différends incluent la négociation, la médiation et l'arbitrage ainsi que tout autre mode choisi par les parties¹¹⁵. Ces modes sont exposés plus loin au présent chapitre.

L'avocat, tenu au respect de la règle de droit, doit donc au préalable examiner attentivement avec son client les possibilités de soumettre le litige à l'un ou l'autre de ces modes avant de saisir les tribunaux. À ce titre, soulignons la Disposition préliminaire du *nouveau C.p.c.* qui édicte ceci :

[...] Le Code vise à permettre, dans l'intérêt public, la prévention et le règlement des différends et des litiges par des procédés adéquats, efficients, empreints d'esprit de justice et favorisant la participation des personnes. Il vise également à assurer l'accessibilité, la qualité et la

¹⁰⁷ Hébert, «Faute professionnelle», *supra* note 8 à la p 3.

¹⁰⁸ *Ibid* à la p 2.

¹⁰⁹ Thouin, Marie-Chantal. «L'avocat, toujours de bon conseil?», dans *Développements récents en déontologie, droit professionnel et disciplinaire* (2005), Barreau du Québec, Service de la formation permanente, Cowansville, Yvon Blais, 49 à la p 54 [Thouin, «Toujours de bon conseil?»].

¹¹⁰ *Loi sur le barreau*, *supra* note 11.

¹¹¹ *Code des professions*, *supra* note 7.

¹¹² *Code de déontologie*, *supra* note 13, art 5.

¹¹³ *Nouveau Cpc*, *supra* note 28, art 1.

¹¹⁴ *Le petit Robert*, 2013, *sub verbo* «considérer», reproduit dans Luc Chamberland, *Le nouveau Code de procédure civile commenté*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2014 à la p 3; Marquis, «Prévention et règlement», *supra* note 43 à la p 378.

¹¹⁵ *Nouveau Cpc*, *supra* note 28, art 1.

célérité de la justice civile, l'application juste, simple, proportionnée et économique de la procédure et l'exercice des droits des parties dans un esprit de coopération et d'équilibre, ainsi que le respect des personnes qui apportent leur concours à la justice.

La Disposition préliminaire amène donc, comme principe de justice civile, la notion de *justice* et de *coopération*. Elle indique également l'objectif de régler tant les *différends* que les *litiges*. Ces notions sont abordées dans les prochaines lignes dans le cadre du concept plus général de *médiation*.

La prescription du *nouveau C.p.c.*, obligeant les parties à considérer le recours aux modes privés de prévention et de règlement de leur différend avant de s'adresser aux tribunaux, s'accompagne d'une définition non exhaustive de ces modes privés qui « sont principalement la négociation entre les parties au différend de même que la médiation ou l'arbitrage dans lesquels les parties font appel à l'assistance d'un tiers »¹¹⁶. Cette énumération est complétée par précision englobante encourageant les parties à recourir « à tout autre mode qui leur convient et qu'elles considèrent adéquat », que celui-ci emprunte ou non aux modes susmentionnés¹¹⁷.

Une particularité essentielle de ces modes, comme le relève la ministre de la Justice dans ses commentaires, est qu'ils reposent avant tout sur « la volonté des parties » et doivent être choisis « d'un commun accord »¹¹⁸, d'où le qualificatif « privé » qui leur est associé. C'est l'essence même de la justice dite participative en ce qu'elle prône la participation active de toutes les parties concernées :

La justice participative est une philosophie, une conception générale et évolutive de la justice : elle recherche un sentiment de justice chez les citoyens concernés, par leur participation et des approches adaptées aux circonstances, aux intérêts et aux capacités des personnes ou instances impliquées. Il s'agit d'une justice sur mesure fondée sur l'équité.¹¹⁹

¹¹⁶ *Nouveau Cpc*, *supra* note 28, art 1 al 2.

¹¹⁷ *Ibid.*

¹¹⁸ *Nouveau code de procédure civile commenté*, p 1.

¹¹⁹ Miville Tremblay, « La justice participative », dans École du Barreau du Québec, *Justice participative*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2014-2015 à la p 8 [Tremblay, « La justice participative »].

Détaillons maintenant les principaux modes privés de règlement que sont la négociation (5.1), la médiation (5.2) et l'arbitrage (5.3), avant d'aborder d'autres modes non énumérés explicitement dans le *nouveau C.p.c.* (5.4).

5.1. La négociation

Avec la démocratisation de la société, le fractionnement, dans toutes les sphères de l'activité humaine, du pouvoir jusqu'alors monolithique, a créé autant d'occasions propices à la recherche pacifique d'un consensus et la participation active de toutes les personnes concernées dans le processus décisionnel. C'est ainsi que depuis plusieurs années, la négociation comme phénomène social a pris un essor considérable. Avec la diversification des modèles familiaux et la reconnaissance de l'enfant comme sujet de droit, la maison n'est plus soumise à l'autorité indiscutable du père de famille¹²⁰. Dans les relations de travail, le développement des rapports collectifs ainsi que la spécialisation et professionnalisation croissantes du salarié a opéré une transformation du rapport d'emploi qui passe d'une subordination rigoureusement articulée dans une hiérarchie fordienne à une relation plus égalitaire où le contrôle de l'employeur ne peut plus s'exercer que par personnes interposées, favorisant de plus en plus l'autonomie et la responsabilisation du salarié vis-à-vis de l'employeur¹²¹. Dans la sphère politique, la gouvernance délibérative repose sur la

¹²⁰ Voir Jean-Martin Deslauriers, « L'évolution du rôle du père au Québec » (2002) 116 Intervention 145; Élisabeth Wright, *La paternité au Québec de 1890 à 1965 : Une lecture d'ouvrages sociologiques*, mémoire de maîtrise ès arts, Université Laval, 1997 [non publié].

¹²¹ Voir Daniel Mercure, « Le nouveau modèle de pouvoir et de domination au travail dans le mode de production postfordiste » (2013) SociologieS au para 15, en ligne: <<http://sociologies.revues.org/4227>>

(Aujourd'hui, les entreprises empreintes de la nouvelle logique postfordiste n'engagent plus la force de travail, mais la « personne »; elles ne dirigent plus un travailleur, mais le guident dans son autoévaluation; elles ne sanctionnent plus le non-respect des consignes, mais amènent le travailleur à comprendre les motifs profonds qui inhibent son esprit d'initiative et expliquent ses faibles performances; elles ne lui proposent plus un plan de carrière, mais un plan de développement personnel; elles ne lui prescrivent plus des tâches, mais favorisent l'auto-prescription des bonnes attitudes à la source des comportements attendus. Bref, idéalement, l'organisation ne s'impose plus à lui, car il est l'organisation, principal responsable de ses réussites et de ses échecs, qui sont aussi bien les siens que ceux de l'organisation. Au demeurant, l'entreprise gère de moins en moins des conflits collectifs de travail et arbitre de plus en plus des tensions interpersonnelles, tout en se disant préoccupée par les problèmes de stress et de santé psychologique, de plus en plus nombreux et dont les incidences quant à l'implication subjective au travail sont majeures.)

Aussi Emmanuel Dockès, « Le pouvoir dans les rapports de travail » (2004) Droit social 626.

mobilisation et la participation active des citoyens au sein des commissions consultatives et parlementaires¹²².

Ces mutations sociopolitiques n'ont pas été sans incidence sur le rôle de l'avocat.

Traditionnellement, les avocats sont formés pour négocier sur position. Dans un mode compétitif calqué sur les exigences du procès, chacune des parties « tente d'obtenir le plus d'avantages possibles aux dépens de l'autre partie, utilise une pléthore de moyens pour y arriver et perçoit les intérêts de la partie adverse comme n'étant pas pertinents, sauf dans la mesure où ces intérêts lui permettent d'atteindre son propre objectif, celui d'obtenir le plus possible »¹²³. Dans le contexte où il existe un déséquilibre important dans le rapport de forces des parties fondant une opposition d'intérêts inconciliables, une telle méthode s'impose d'emblée :

(...) la partie qui se trouve en position de force est peu encline à faire des concessions. Elle vient à la table des négociations en imposant ses exigences comme un préalable à toute négociation. Plus sa position de force est grande, plus elle est, croit-elle, en mesure de dicter ses volontés. En somme, pourquoi faire des concessions si l'on pense être en mesure de tout gagner? Le même phénomène peut survenir lorsqu'une partie est en position de faiblesse. Craignant d'être manipulée, elle préfère négocier dans une optique compétitive, en utilisant tous les atouts dont elle dispose, dans l'espoir que l'autre négociateur accepte un compromis pour éviter un conflit.¹²⁴

De par la nature des choses, les négociations de style compétitif découragent la confiance mutuelle et la collaboration dans un esprit de confrontation au coût que coûte où toute tentative de conciliation risque d'être interprétée comme un aveu de la

¹²² Cf. Stéphane Vibert, dir, *Pluralisme et démocratie – Entre culture, droit et politique*, coll Débats, Montréal, Québec Amérique, 2007.

¹²³ Canada, Ministère de la Justice (Services de prévention et de règlement des différends), *Le manuel relatif au règlement des conflits*, juin 1995 (mis à jour en juillet 2006), en ligne: <www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/sjc-csj/sprd-dprs/res/mrrc-drrg/03.html>.

¹²⁴ Jean-Yves Brière, « La conduite d'une négociation », dans École du Barreau du Québec, *Justice participative*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2014-2015, 47 à la p 53 [Brière, « La conduite d'une négociation »].

faiblesse de sa position¹²⁵. La négociation sur position est probablement celle qui est la plus utilisée à l'heure actuelle au Québec.

Or, avec le nivellement relatif des rapports de force amenant un rapprochement d'intérêts entre les parties, des méthodes « alternatives » de négociation se sont développées. Dès 1965, Walton et McKersie propose un mode de négociation dite intégrative, prônant une approche de conciliation chaque fois que les intérêts des parties s'avèrent communs ou complémentaires au cours des discussions qui sont d'essence antagoniste¹²⁶. Le concept de négociation raisonnée ou négociation basée sur les intérêts, en tant que mode global de négociation, a été initialement proposé en 1982 par l'avocat Roger Fisher et l'universitaire William Ury¹²⁷. Elle repose sur les quatre éléments fondamentaux suivants :

- Traiter séparément les personnes et le différend;
- Se concentrer sur les intérêts en jeu plutôt que sur les positions;
- Imaginer le plus de solutions possible, sans se censurer, avant de prendre une décision;
- Exiger que le résultat repose sur des critères objectifs dont les parties auront eu la chance de discuter.

En bref, la négociation raisonnée consiste en une approche prenant en considération les besoins et les intérêts des parties impliquées en premier lieu. Les besoins et intérêts des parties forment la « trame factuelle » sous-tendant leur prise de positions antagonistes. Ces dernières ne sont en effet que la pointe de l'iceberg correspondant à ce que le droit permet aux parties de réclamer en justice dans les circonstances. Cette divergence de conclusions est à l'origine du « litige », lequel ne peut se résoudre qu'en favorisant une position plutôt que l'autre, au dénouement nécessairement gagnant-perdant. Tout l'enjeu de la négociation raisonnée consiste à explorer à fond les intérêts, valeurs et besoins sous-jacents des parties, le pourquoi de leur prise de

¹²⁵ Roger Fisher, William Ury et Bruce Patton, *Getting to Yes: Negotiating Agreement Without Giving In*, 2^e éd, Sydney, Century Business, 1991 aux pp 3-11 [Fisher, Ury et Patton, *Getting to Yes*].

¹²⁶ Richard E. Walton et Robert B. McKersie, *A Behavioral Theory of Labor Negotiations*, New York, McGraw-Hill, 1965. Thèse reprise dans la réédition de leur ouvrage Richard E. Walton et Robert B. McKersie, *A Behavioral Theory of Labor Negotiations: An Analysis of a Social Interaction System*, 2^e éd, Ithaca, New York, ILR Press, 1991.

¹²⁷ Roger Fisher et William Ury, traduction de Léon Braham, *Comment réussir une négociation*, Paris, Seuil, 1982. Thèse reprise dans la réédition de leur ouvrage Fisher, Ury et Patton, *Getting to Yes*, *supra* note 125, 1991.

positions respectives pour éventuellement amener le « conflit » à se résoudre de lui-même à leurs points de convergence et de chevauchement. Lors même que les intérêts s'avèrent manifestement opposés, les questions pourraient être tranchées au regard d'un ensemble de critères « objectifs », indépendants de la volonté arbitraire des parties. Il s'agit, en fin de compte, d'être créatif dans la recherche des options de solution qui soient équitables pour toutes les personnes concernées.

Dans tous les cas, la négociation n'est pas un acte d'autoritarisme d'une partie envers une autre : « Si une partie dicte ses volontés à l'autre et que cette dernière accepte sans contre-proposition, il n'y a pas de négociation. La négociation commande un certain échange de concessions entre les parties, s'il existe une volonté de régler leur litige. »¹²⁸ En tant que mode de résolution des problèmes éminemment humain, la négociation intégrative fait appel à des compétences extra-juridiques pour s'ajuster à certains facteurs difficilement quantifiables mais néanmoins importants comme l'environnement physique, les personnalités en présence, les relations humaines, le langage non verbal, les pressions temporelles, etc. À ces fins, plusieurs techniques et tactiques sont fréquemment utilisées. Se fixer à l'avance un seuil non négociable peut être avantageux devant un adversaire beaucoup plus puissant pour optimiser les chances d'obtenir un accord autant que possible conforme à ses propres intérêts. Cette tactique risque cependant de figer le jeu dès le départ et d'écarter à l'avance d'autres solutions intéressantes. On peut chercher à négocier point par point, sans chercher à relier les résultats partiels, dans le but d'ouvrir des brèches dans les positions de la partie adverse, ou plutôt de négocier ensemble plusieurs points en litige interreliés pour mieux en faire ressortir les intérêts et besoins communs. Afin de soutirer les concessions, des négociateurs peuvent feindre l'ignorance, tout en sachant parfaitement les dimensions du point en litige, pour demander des explications sur des questions simples et prendre l'adversaire au dépourvu. À l'occasion, jouer sur sa faiblesse peut aussi s'avérer utile pour susciter la sympathie de l'adversaire qui accepte de faire certaines concessions uniquement pour que le praticien ne revienne

¹²⁸ Jean-Yves Brière, « La théorie de la négociation », dans École du Barreau du Québec, *Justice participative*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2014-2015, 21 à la p 28 [Brière, « La négociation »].

pas les mains vides devant son client mécontent. Dans le feu de l'action, de temps à autre rappeler l'intérêt commun à son interlocuteur par un bref bilan des discussions ainsi que des ententes déjà conclues stimule les parties à aborder les divergences qui demeurent, et ce, même en situation de blocage. Lorsque les négociations stagnent, un maniement judicieux du facteur temps, soit en en allongeant la durée pour susciter l'impatience, l'ennui ou la lassitude, soit en en écourtant la durée sous la forme d'ultimatums, pourrait faire avancer les choses, au risque de conduire parfois à une perte de crédibilité auprès de la partie adverse ou d'entraîner un durcissement des positions. Devant l'impasse ou un échec imminent de négociations, le fait d'avoir su conserver son meilleur argument jusque-là peut servir à renverser en sa faveur le rapport de force et à obliger l'adversaire à faire certaines concessions¹²⁹.

Ces techniques demandent beaucoup de préparation et de savoir-faire de la part des avocats et plusieurs d'entre elles sont aussi utilisées lors de négociation sur position. Il n'y a pas de place à l'improvisation.

La négociation intégrative, bien qu'apparue en 1965, n'est pas le mode de négociation habituellement employée au Québec par les avocats. Des facteurs déontologiques qui seront abordés plus loin dans la présente étude peuvent expliquer la raison d'être de cette réalité. Surtout, elle implique un revirement des mentalités de la part des praticiens habitués à négocier sur position et à fréquenter les tribunaux : « Négocier n'est pas plaider il faut aborder la négociation non pas comme une confrontation purement compétitive, mais comme un effort collectif pour trouver une solution qui sache satisfaire toutes les parties. »¹³⁰ Il semble résolument que la philosophie du *nouveau C.p.c.* aille dans le sens de favoriser la négociation intégrative plutôt que sur position.

Lors d'une négociation intégrative, vis-à-vis de son client, le comportement de l'avocat ne diffère pas du comportement général et habituel du praticien : « Il doit

¹²⁹ *Ibid* aux pp 54-55.

¹³⁰ Jean-Yves Brière, « La conduite d'une négociation », dans École du Barreau du Québec, *Justice participative*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2014-2015, 47 à la p 56 [Brière, « La conduite d'une négociation »].

laisser son client s'exprimer complètement pour bien comprendre ses intérêts dans le litige. L'avocat doit aussi discerner les faits des interprétations, cerner correctement les différends et la question en litige qui l'oppose à l'autre partie. »¹³¹ Néanmoins, lors de la préparation d'une négociation sur position, les besoins de reconnaissance, de sécurité ou encore d'accomplissement du client sont souvent relégués aux oubliettes, ceux-ci ne figurant pas dans l'arsenal des arguments juridiques disponibles. Bien que le rôle du négociateur puisse varier en fonction des mandats, certains traits caractéristiques sont communs à toutes les formes de négociation : « L'avocat négociateur doit avoir un rôle dynamique. L'avocat se doit de tenter de régler hors cour tous les dossiers qui peuvent l'être. À moins d'un avis contraire du client, on doit tout mettre en œuvre pour établir une discussion qui devienne fructueuse. Il ne s'agit donc pas d'être passif et d'attendre une offre de règlement. Il faut susciter la discussion. »¹³²

La négociation raisonnée est à la base de la plupart des autres modes de résolution des différends. Il est recommandé aux avocats d'acquérir des techniques par des formations spécialisées¹³³. Depuis plusieurs décennies, des universités américaines ont inscrit à leur programme de formation en droit, des cours de négociation. Au Québec et au Canada, de nombreuses universités font une place également, dans leur programme de droit, à la négociation comme outil de résolution des litiges. On cite, à titre d'exemple, les programmes d'études supérieures en prévention et règlement des différends (PRD) de la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

Récemment, les avocats dits collaborateurs détiennent un mandat de négociation exclusif, ne comprenant pas le volet représentation ou le mandat d'entreprendre des procédures litigieuses. Typiquement, les avocats-collaborateurs conviennent d'une entente initiale avec leur client et avec la partie adverse prévoyant les paramètres de la négociation et chacun des avocats-collaborateurs s'engagent à se retirer du dossier dans l'éventualité où la négociation échouerait. Dans un tel contexte, l'avocat-

¹³¹ Brière, « La négociation », *supra* note 128 à la p 29.

¹³² Brière, « La conduite d'une négociation », *supra* note 130 à la p 56.

¹³³ Tremblay, « La justice participative », *supra* note 119 à la p 13.

collaborateur devient en quelque sorte un conseiller en règlement des différends. Il assiste son client et lui donne des conseils dans l'objectif clair de conclure une entente. Le *nouveau Code de déontologie* prévoit désormais une disposition susceptible de s'appliquer dans de telles situations, à l'article 31 :

L'avocat qui accepte un mandat à portée limitée informe le client des services professionnels qui lui seront rendus et du fait qu'ils le seront en tenant compte de ces limites.

L'acceptation d'un mandat à portée limitée ne soustrait pas l'avocat à ses autres devoirs.

Cette disposition n'a pas d'équivalent dans l'ancien *Code de déontologie des avocats*.

Remarquons que l'obligation des avocats-collaborateurs de se retirer en cas d'échec des négociations est particulièrement propice à la préservation de la confidentialité des négociations, donnant une impression de sécurité accrue aux parties qui pourraient alors se confier plus ouvertement.

La négociation raisonnée permet souvent de « transformer un conflit en opportunité »¹³⁴. Elle favorise beaucoup plus d'ouverture et offre davantage d'alternatives.

Au quotidien, l'avocat négocie déjà continuellement, que ce soit le montant d'une pension alimentaire, l'indemnité à accorder en matière de responsabilité civile ou d'un délai-congé en relations de travail. Des statistiques américaines démontrent que plus de 90 % des causes inscrites devant les tribunaux sont réglées hors cour. Il n'y a que 5 % de toutes les causes découlant d'accidents d'automobiles qui donnent lieu à un procès. En matière criminelle, 75 % des dossiers se règlent à la suite d'une négociation de plaidoyer¹³⁵. Au Canada et au Québec, les mêmes constats s'imposent en ce que 90 % des dossiers sont réglés à l'amiable. Contrairement à la croyance populaire, les avocats ne plaident pas tous leurs dossiers, loin de là¹³⁶. Néanmoins, le *nouveau C.p.c.*

¹³⁴ *Ibid* à la p 13.

¹³⁵ Brière, « La négociation », *supra* note 128 à la p 33.

¹³⁶ Tremblay, « La justice participative », *supra* note 119 à la p 8.

porte une philosophie de la négociation qui va un cran plus loin que la sempiternelle négociation sur position.

Le recours au tribunal, quelle que soit sa nature (judiciaire ou quasi judiciaire), est le processus par lequel les parties demandent à un tiers de déterminer pour eux leurs droits et leurs obligations. L'avocat s'y prépare à un rôle plus adversatif que conciliant :

L'avocat, selon le mandat qui lui est confié, se prépare à un débat contradictoire. Au procès, il doit se préoccuper de la prépondérance de la preuve, de la crédibilité de ses témoins, de leur capacité et de leur habileté à témoigner, de son argumentation factuelle et juridique pour convaincre un juge, par exemple, du bien-fondé de ses prétentions.¹³⁷

La formation de l'avocat le prépare à un affrontement avec l'autre partie. La victoire est l'enjeu de ce processus, avec la perspective d'une défaite comme épée de Damoclès.

Par contre, le processus de négociation intégrative est d'un autre ordre. S'il y subsiste un certain affrontement, la raison d'être du processus est tout orientée vers les objectifs et intérêts communs des parties. Dans cette perspective, la clé de la réussite repose essentiellement sur la mise en application de méthodes et de tactiques qui visent la recherche collective de solutions, la satisfaction mutuelle des parties plutôt que sur une recette miracle pour « écraser » l'adversaire.

Lorsque les négociations entre et par les parties elles-mêmes, même assistées ou par l'entremise des procureurs, deviennent plus difficiles, l'intervention non coercitive d'un tiers au conflit peut à l'occasion aider à y voir plus clair.

5.2. La médiation

La médiation est donc au fond une négociation raisonnée facilitée par la présence et l'intervention d'un tiers neutre et impartial qu'on appelle le médiateur. Ce médiateur n'a aucun pouvoir décisionnel et est indépendant par rapport aux parties¹³⁸.

¹³⁷ Jean-Yves Brière, « La négociation », *supra* note 128 à la p 21.

¹³⁸ Martin Leblanc, « La médiation civile et commerciale. Le rôle de l'avocat en médiation », 35 : 7 J du B 2003 [Leblanc, « Médiation civile et commerciale »].

L'indépendance signifie que le médiateur n'a aucun lien avec l'une ou l'autre des parties. L'impartialité, quant à elle, signifie l'absence de parti-pris. Enfin, l'absence de pouvoir décisionnel suppose que le médiateur ne peut imposer de solution aux parties. Il leur appartient donc à elles de trouver la solution qui leur conviendra¹³⁹.

Au moyen de techniques de communication, de recadrage et de reformulation, le médiateur assiste les parties dans la négociation d'une solution adaptée à leur situation particulière. L'information concernant la loi applicable et le contexte juridique s'avérant cruciale, le médiateur prend le temps d'en expliciter les grandes lignes sans donner d'avis juridique aux parties. Son impartialité exige. Pour des informations précises, les parties devront avoir recours à un conseiller juridique indépendant. L'avocat médiateur accrédité par le Barreau du Québec est un professionnel compétent maîtrisant les notions juridiques requises par toute situation. Cependant, dans son rôle de médiateur, il doit mettre en suspens ses réflexes de juriste partisan pour ne soulever que les éléments susceptibles de mettre en péril l'ordre public ou l'équilibre entre les parties, en se gardant toutefois de conseiller l'une ou l'autre de celles-ci. Au besoin, il pourra suspendre ou mettre fin au processus s'il estime que cela serait plus approprié dans les circonstances. En tout temps, le médiateur est maître du processus alors que les parties sont maîtres de leur négociation. Il leur appartient de choisir librement une solution satisfaisante pour tous, en fondant l'entente plutôt sur l'équité que sur la loi en fonction de leurs besoins, valeurs et intérêts. Plusieurs types de médiation existent. Il s'agit de la médiation évaluative, de la médiation axée sur le règlement, de la médiation intégrative et de la médiation transformative.

La médiation est ainsi un mode confidentiel¹⁴⁰, volontaire et informel de règlement des différends selon lequel les parties, assistées d'un tiers impartial et indépendant¹⁴¹, sans pouvoir décisionnel¹⁴², s'engagent, dans un esprit de transparence et de collaboration, à négocier une solution¹⁴³ créative qui soit juste et équitable pour tous.

¹³⁹Faget, «Dynamique», *supra* note 16 à la p 3.

¹⁴⁰ À noter qu'une réserve s'impose eu égard à l'article 606 al 2 du *Nouveau Cpc*.

¹⁴¹ Roy, Schneebalg et Galton, «Médiation», *supra* note 16 à la p 9.

¹⁴² Leblanc, «La médiation civile et commerciale », *supra* note 138.

¹⁴³Faget, «Dynamique», *supra* note 16 à la p 4; Lalonde, «Continuum», *supra* note 18 à la p 77.

En médiation, « les valeurs se renversent : les conciliateurs mettent l'équité explicitement au premier rang de leurs préoccupations. (...) les MARL reposent donc d'abord sur le souci de faire prévaloir les préoccupations d'équité sur les règles de droit.¹⁴⁴ » La médiation en tant que mode de résolution des différends peut donc être vue comme étant l'antithèse du litige¹⁴⁵.

En médiation les parties sont invitées à abandonner leur esprit de compétition au profit de la collaboration, à considérer l'autre, ses besoins, ses valeurs et ses intérêts dans la recherche d'une solution optimale. Cela suppose d'adopter une conception non adversariale de la résolution des différends. Cette exigence s'applique également à l'avocat¹⁴⁶.

Lorsqu'elle n'est pas autrement fixée par les parties, la procédure applicable à certains modes privés de prévention et de règlement des différends est prévue dans le *nouveau C.p.c.*, notamment à son Livre VII pour ce qui est de la médiation (titre I) et de l'arbitrage (titre II)¹⁴⁷. Il s'agit de règles supplétives, s'appliquant à défaut de conventions à l'effet contraire. Ainsi, le médiateur est choisi par les parties, directement ou par l'entremise d'un tiers¹⁴⁸. En matière familiale, le médiateur qui intervient à titre purement privé ou sans qu'une demande en justice ne soit présentée doit en outre être accrédité¹⁴⁹. Dans tous les cas, il a pour tâche d'aider les parties à dialoguer, à clarifier leurs points de vue, à cerner leur différend, à identifier leurs besoins et leurs intérêts, à explorer des solutions et à parvenir, s'il y a lieu, à une entente mutuellement satisfaisante¹⁵⁰. Les parties peuvent également le charger

¹⁴⁴ Yvon Desdevissès, « Les recherches sur les MARL : aspects juridiques », dans Pierre Chevalier, Yvon Desdevissès et Philip Milburn, dir, *Les modes alternatifs de règlement des litiges : les voies nouvelles d'une autre justice*, Paris, La documentation Française, 2003, 55 à la p 56, cité dans Roberge, « Intervention », *supra* note 19 à la p 29; Aux fins du présent essai, bien qu'il puisse exister une différence conceptuelle entre un médiateur et un conciliateur, celles-ci n'ont aucun impact dans le cadre du présent travail et c'est pourquoi nous ne nous pencherons pas sur cette différence. Aussi, MARL signifie : Mode Alternatif de Résolution des Litiges.

¹⁴⁵ Roberge, « Intervention », *supra* note 19 à la p 49.

¹⁴⁶ *Ibid* à la p 52.

¹⁴⁷ Voir *Nouveau Cpc*, *supra* note 28, Disposition préliminaire al 1.

¹⁴⁸ *Ibid*, art 605 al 1.

¹⁴⁹ *Ibid*, art 616.

¹⁵⁰ *Ibid*, art 605 al 2.

d'élaborer avec elles une proposition pour prévenir ou régler le différend¹⁵¹. La médiation débute, sans formalités, le jour où les parties conviennent d'engager le processus d'un commun accord ou sur l'initiative de l'une d'elles. En ce dernier cas, le défaut de l'autre partie de répondre constitue un refus de participer au processus de médiation¹⁵². Les parties s'engagent à participer à toute réunion à laquelle les convie le médiateur. Elles peuvent, si tous y consentent, même tacitement, se faire accompagner « des personnes dont la contribution peut être utile au bon déroulement du processus et au règlement du différend »¹⁵³. Le cas échéant, les parties doivent s'assurer que les personnes autorisées à conclure une entente soient présentes ou qu'elles puissent être consultées en temps utile pour donner leur accord¹⁵⁴. En matière familiale, les séances de médiation ont lieu en présence des deux parties et d'un ou de deux médiateurs. Les séances peuvent aussi, si tous y consentent, avoir lieu en présence d'une seule partie ou de l'enfant ou encore « d'autres personnes qui ne sont ni experts ni conseillers », dans la mesure où leur contribution peut être utile au règlement du différend¹⁵⁵. Les parties n'ont donc pas à être représentées par avocats pendant la médiation, mais ont le droit d'être assistées ou de consulter un avocat avant de conclure une entente. En tout temps, une partie peut se retirer du processus ou y mettre fin « selon sa seule appréciation et sans être tenue de dévoiler ses motifs »¹⁵⁶. Le médiateur peut également mettre fin à la médiation si, « à son avis, les circonstances le justifient, notamment s'il est convaincu que le processus est voué à l'échec ou susceptible de causer un préjudice sérieux à une partie s'il se poursuit »¹⁵⁷. La conclusion d'une entente contenant les engagements des parties met fin à la médiation¹⁵⁸. Les frais de la médiation sont assumés à parts égales par les parties, à moins d'une entente à l'effet contraire¹⁵⁹. Ces frais comprennent les honoraires, les

¹⁵¹ *Ibid.*

¹⁵² *Ibid.*, art 608.

¹⁵³ *Ibid.*, art 609 al 2.

¹⁵⁴ *Ibid.*

¹⁵⁵ *Ibid.*, art 617 al 1.

¹⁵⁶ *Ibid.*, art 614 al 1.

¹⁵⁷ *Ibid.*, art 614 al 2.

¹⁵⁸ *Ibid.*, art 613 al 1.

¹⁵⁹ *Ibid.*, art 615 al 1.

frais de déplacement et les autres débours du médiateur de même que les frais liés à des expertises ou à des interventions convenues par les parties. Toutes les autres dépenses engagées par une partie sont à sa charge¹⁶⁰.

Tout comme dans le cadre d'une négociation raisonnée basée sur les intérêts, la notion de différend est au cœur de la médiation. Désormais, elle semble également admise parmi les variables du droit. Le différend diffère du litige. Si le différend et le litige peuvent être vus comme des concepts parents¹⁶¹, il importe néanmoins de les différencier afin d'en cerner mieux les contours. Le différend s'entend d'une différence d'opinions, d'une opposition d'intérêts, de besoins et/ou de valeurs entre deux ou plusieurs personnes¹⁶². Quant au litige, il se définit comme étant les éléments apparents qui se révèlent lorsque les parties sont aux prises avec un problème¹⁶³; c'est la réponse juridique à cette qualification du problème révélé qui sous-tend la position juridique qu'adopte une partie. Le litige sous-tend, à sa base, l'existence d'un différend. Il s'ensuit que le différend est donc sous-jacent au litige et par conséquent plus profond¹⁶⁴.

La médiation s'attaque au différend et non au litige alors que les tribunaux et les règles de droit qu'ils sont chargés d'appliquer s'intéressent au litige. La philosophie du *nouveau C.p.c.* érige donc en principe directeur l'objectif de régler tant l'un que l'autre, étant entendu qu'en réglant le différend les parties règlent également leur litige.

Certains programmes gouvernementaux existent pour favoriser l'accessibilité à la médiation.

¹⁶⁰ *Ibid*, art 615 al 2.

¹⁶¹ Marquis, «Prévention et règlement», *supra* note 43 à la p 381.

¹⁶² *Le petit Robert de la langue française*, <<http://pr.bvdep.com.ezproxy.usherbrooke.ca/login.asp>>, *subverbo* «différend».

¹⁶³ Marquis, «Prévention et règlement», *supra* note 43 à la p 381.

¹⁶⁴ *Ibid* à la p 382.

Depuis le 1^{er} septembre 1997, la *Loi instituant au Code de procédure civile la médiation préalable*¹⁶⁵ instaure la médiation familiale gratuite, en tout ou en partie, pour les couples avec enfants, sans distinction de leurs revenus, par l'intermédiaire d'un Service de médiation familiale de la Cour supérieure instauré dans tous les palais de justice du Québec. Le *nouveau Code de procédure civile* s'inscrit résolument dans cette tendance. Outre l'obligation d'assister à une séance d'information sur la parentalité¹⁶⁶ avant d'être autorisés à fixer une date pour l'audition de leur cause par la Cour, les parents d'enfants à charge, quelle que soit leur situation matrimoniale, peuvent bénéficier de :

- Cinq (5) heures gratuites pour l'obtention d'un premier jugement; les séances supplémentaires sont facturées au taux établi par le tarif gouvernemental (110 \$/heure);
- Deux (2) heures trente (30) minutes gratuites pour la modification d'un jugement ou d'une entente convenue entre les parties (2 h 30/an); les séances supplémentaires sont facturées au taux établi par le tarif gouvernemental (110 \$/heure)¹⁶⁷.

Aux petites créances, les parties à un litige peuvent, depuis 2003, demander au greffier de les déferer au Service de médiation¹⁶⁸. Il s'agit d'un processus strictement consensuel. La séance de médiation est présidée par un avocat ou un notaire, accrédité par l'ordre professionnel dont il est membre. La loi prévoit une séance d'une (1) heure gratuite. Les séances supplémentaires sont facturées au taux du médiateur tel que prévu par le *Règlement sur la médiation des demandes relatives à des petites créances*¹⁶⁹.

Le Barreau du Québec a également mis sur pied un projet pilote intitulé « Service de règlement de différends du Barreau du Québec ». Ce service offre aux particuliers

¹⁶⁵ *Loi instituant au Code de procédure civile la médiation préalable*, LRQ, 1997, c 42.

¹⁶⁶ « Dans toute affaire où il existe un différend mettant en jeu l'intérêt des parties et celui de leurs enfants relativement à la garde d'un enfant, aux aliments dus à un conjoint ou à un enfant, au patrimoine familial et aux autres droits patrimoniaux résultant du mariage ou de l'union civile, ou encore au partage des biens des conjoints de fait » : *Nouveau Cpc*, *supra* note 28, art 417 al 1.

¹⁶⁷ Voir *Règlement sur la médiation familiale*, RLRQ, c C-25, r 9, art 10.1.

¹⁶⁸ Voir *Cpc*, art 973 et *Nouveau Cpc*, *supra* note 28, art 556.

¹⁶⁹ *Règlement sur la médiation des demandes relatives à des petites créances*, RLRQ, c C-25, r 8, art 13-16

ainsi qu'aux entreprises de 20 employés et moins, qui ont un différend de nature civile ou commerciale et dont le montant en litige est de 25 000 \$ ou moins, une médiation à forfait représentant environ 10 % des sommes en litige.

Si l'avocat médiateur est soumis aux mêmes règles déontologiques que les autres avocats, le *nouveau C.p.c.* prévoit quelques obligations spécifiques à tout médiateur. Celui-ci est ainsi tenu de signaler aux parties tout conflit d'intérêts ou toute situation qui pourrait laisser croire à l'existence d'un conflit ou mettre en doute son impartialité¹⁷⁰. Avant d'entreprendre la médiation, le médiateur informe les parties sur son rôle et ses devoirs et précise avec elles les règles applicables à la médiation et la durée du processus¹⁷¹. Tout au long des négociations, le médiateur a l'obligation d'agir équitablement à l'égard des parties et veille à ce que chacune d'elles puisse faire valoir son point de vue¹⁷². S'il peut communiquer avec les parties séparément, le médiateur est néanmoins tenu de les informer¹⁷³. Cependant, lorsqu'il reçoit d'une partie de l'information d'intérêt pour la médiation, il ne peut la communiquer à l'autre partie, à moins d'avoir obtenu le consentement de celle qui a fourni l'information¹⁷⁴. Le médiateur peut en tout temps, dans l'intérêt des parties ou de l'une d'elles, suspendre la médiation¹⁷⁵ ou encore y mettre fin si la continuation est susceptible de causer un préjudice sérieux à une partie¹⁷⁶. En matière familiale, le médiateur est tenu d'inviter les parties à remédier à la situation et, le cas échéant, à prendre conseil auprès d'un tiers s'il considère qu'un projet d'entente est susceptible de causer un différend futur ou un préjudice à l'une des parties ou aux enfants. Il peut également mettre fin à la médiation s'il est convaincu que le préjudice anticipé ne peut être corrigé¹⁷⁷. Dès la fin de la médiation, le médiateur rend compte aux parties des sommes reçues et liquide les frais¹⁷⁸. Soulignons également que les médiateurs accrédités par l'Institut

¹⁷⁰ *Nouveau Cpc*, *supra* note 28, art 605 al 3.

¹⁷¹ *Ibid*, art 609 al 1.

¹⁷² *Ibid*, art 610 al 1.

¹⁷³ *Ibid*, art 611 al 1.

¹⁷⁴ *Ibid*, art 611 al 2.

¹⁷⁵ *Ibid*, art 610 al 2.

¹⁷⁶ *Ibid*, art 614 al 2.

¹⁷⁷ *Ibid*, art 618.

¹⁷⁸ *Ibid*, art 615 al 1.

de médiation et d'arbitrage du Québec (IMAQ) sont soumis à des règles éthiques qui, au Québec, sont les seules existantes qui s'adressent spécifiquement aux actes de médiation. Ces règles sont énoncées dans le *Code d'éthique des médiateurs* de l'IMAQ¹⁷⁹ et ne trouvent pas leur équivalent dans les règles déontologiques des ordres professionnels.

La loi est cependant beaucoup plus discrète quant aux obligations des avocats-accompagnateurs. De fait, les articles 606 et 607 du *nouveau C.p.c.* portant sur la confidentialité des dossiers de médiation n'ajoute que très peu à l'état du droit en ce qui concerne les avocats-accompagnateurs, ces derniers demeurant assujettis aux dispositions du *Code des professions* et du *nouveau Code de déontologie* en ce qui concerne notamment l'obligation de laisser le client prendre copie de son dossier. De plus, nous l'avons dit, nous comprenons de ces dispositions que la confidentialité du dossier de médiation vise le dossier du médiateur et non celui de l'avocat.

Cette consécration de la confidentialité du dossier de médiation est fondée sur des considérations d'ordre public et s'inscrit dans une longue tradition de politique judiciaire incitant les parties au prompt règlement de leur dossier. Sa raison d'être se comprend aisément, en ce qu'elle favorise la communication franche et complète des renseignements en vue d'aboutir à un accord à l'amiable, sans que les parties ne soient dissuadées de le faire lorsque que tout ce qui se dit au cours des négociations peut être utilisé à leur détriment au cours de la procédure ou les documents échangés produits en preuve. Dans le contexte des relations de travail, la juge Danielle Grenier s'est exprimée comme suit :

Ce serait enlever toute efficacité à la médiation que de permettre que les propos des parties ou ceux du conciliateur puissent ultérieurement être divulgués dans le cadre de procédures judiciaires. Comme le fait remarquer l'auteur et médiateur Denis Gauthier, « l'intérêt des parties suggère fortement de nous engager dans la médiation avec confiance et de respecter l'engagement de ne pas révéler ou forcer quelqu'un d'autre à révéler devant la Cour ce qui a été exprimé durant la médiation. »

¹⁷⁹ Institut de médiation et d'arbitrage du Québec (IMAQ), *Code d'éthique des médiateurs*, adopté le 19 avril 2007, en ligne: <<http://www.imaq.org/wp-content/uploads/2010/07/Code-ethique-des-mediateurs19-avril-2007.pdf>>.

L'objectif de la conciliation est de permettre aux parties d'avancer des solutions afin de régler un litige avant de se retrouver devant le tribunal. Dans ce type de discussions, il est important que les parties puissent se sentir libres de discuter sans avoir à craindre que l'on puisse retourner contre elles leurs propos. C'est donc en gardant à l'esprit les objectifs de la conciliation que les tribunaux ont interprété les dispositions entourant le traitement des informations ainsi dévoilées.¹⁸⁰

Dans le contexte d'une médiation, l'obligation de la confidentialité est en fait une extension au privilège de common law reconnu aux communications faites dans le but de régler un litige. Selon l'auteur Jean-Claude Royer, la communication faite dans le but de régler un litige a un caractère privilégié si elle répond aux conditions suivantes : a) un litige réel ou éventuel; b) une communication écrite ou verbale transmise dans le but de le régler; et c) l'intention expresse ou présumée que cette communication ne soit pas divulguée sans le consentement des parties, si celles-ci ne parviennent pas à s'entendre¹⁸¹. Il s'agit d'une exception à la règle générale prévoyant la recevabilité de la preuve de tout fait pertinent au litige¹⁸².

Aux termes de l'article 606, ni le médiateur ni aucun des participants à la médiation ne peuvent être contraints de dévoiler, dans une procédure arbitrale, administrative ou judiciaire liée ou non au différend, ce qui lui a été dit ou ce dont il a eu connaissance lors de la médiation. Ils ne peuvent non plus être tenus de produire un document préparé ou obtenu au cours de ce processus, sauf si la loi en exige la divulgation, si la vie, la sécurité ou l'intégrité d'une personne est en jeu, ou encore pour permettre au médiateur de se défendre contre une accusation de faute professionnelle. Enfin, aucune information ou déclaration donnée ou faite dans le cours du processus de médiation ne peut être utilisée en preuve dans une procédure. Pour invoquer le privilège de non-contrainabilité, le médiateur doit être accrédité par un organisme

¹⁸⁰ *Charbonneau c Multi Restaurants Inc.*, JE 99-1647 (CS), juge Danielle Grenier [références omises], extrait cité avec approbation par le juge André Forget dans le jugement de la Cour d'appel dans *Alice Charbonneau c Multi Restaurants Inc.*, [2000] RJQ 705 (CA) au para 9. Voir également *Kosko c Bijimine*, [2006] RJQ 1539 (CA) aux para 49-50.

¹⁸¹ Jean-Claude Royer, *La preuve civile*, 2^e éd, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1995 à la p 687, no 1134 [Royer, *La preuve civile*].

¹⁸² *CcQ*, art 2857 : « La preuve de tout fait pertinent au litige est recevable et peut être faite par tous moyens. »

reconnu par le ministre de la Justice ainsi qu’être assujetti à des règles déontologiques et garantir sa responsabilité par une assurance de responsabilité ou au moyen d’une autre sûreté. Par conséquent, « [l]e parent, l’ami ou la personne de confiance à laquelle on s’adresse de manière occasionnelle ne pourra invoquer un privilège de non-contraignabilité pour refuser de répondre »¹⁸³. Malgré l’article 9 de la *Loi sur l’accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*¹⁸⁴, nul n’a le droit d’obtenir un document contenu dans le dossier de médiation ni le droit de s’opposer à l’utilisation d’un document dans le cours d’une médiation pour le motif qu’il contiendrait des renseignements personnels¹⁸⁵. Bref, toutes les informations échangées lors de la médiation sont confidentielles et personne ne peut s’y référer dans un autre contexte, notamment à la cour. Celle-ci refusera d’entendre une telle preuve, en reconnaissant le caractère confidentiel de la médiation.

Plusieurs lois, en sus des articles 606 et 607 du *nouveau C.p.c.* établissent un processus de conciliation ou de médiation accompagné de dispositions prévoyant que les informations divulguées lors de ces séances demeurent confidentielles. La protection de la confidentialité des séances de médiation doit être interprétée largement et comprennent non seulement les écrits échangés, mais aussi les rencontres et discussions tenues pendant le processus de même que les négociations menées pour tenter d’en arriver à un règlement hors cour¹⁸⁶. Dans la décision *C.H. c. D.L.*, le juge Jean-Pierre Senécal, de la Cour supérieure, tout en admettant que la question n’est pas définitivement décidée, se dit prêt à admettre que les communications faites dans le but de régler un litige sont privilégiées non seulement lorsqu’elles ont lieu entre procureurs, mais également lorsqu’elles ont lieu entre les parties elles-mêmes :

Les règles de bonne administration de la justice l’exigent et les motifs qui justifient la règle entre avocats (favoriser le règlement volontaire des conflits, etc.) sont tout aussi valables à l’égard des parties. Par ailleurs le

¹⁸³ *Nouveau code de procédure civile commenté*, supra note 118, commentaire sous l’article 606.

¹⁸⁴ *Loi sur l’accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*, RLRQ, c A-2.1.

¹⁸⁵ *Nouveau Cpc*, supra note 28, art 607.

¹⁸⁶ Francine Beaumier, « La médiation familiale », dans École du Barreau du Québec, *Personnes, famille et successions*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2014, 147 à la p 151 [Beaumier, « La médiation familiale »].

Tribunal est prêt à admettre que lorsque des communications sont faites dans le but de régler un litige, elles ont lieu avec l'intention présumée qu'elles ne soient pas divulguées sans le consentement des parties, si celles-ci ne parviennent pas à s'entendre. Il n'est pas nécessaire que preuve d'une intention expresse en ce sens soit apportée.¹⁸⁷

Cela étant, toute communication entre procureurs ou entre les parties n'est pas toujours privilégiée. Ainsi que le souligne Royer :

Cette règle d'exclusion de preuve est motivée par la volonté de favoriser le règlement à l'amiable des litiges. Aussi, le caractère privilégié de la communication est limité aux faits reliés à la négociation d'un règlement. Un plaideur ne peut s'opposer à la preuve d'un fait indépendant et distinct d'une offre de règlement.¹⁸⁸

Même en l'absence d'une règle de procédure adoptée par voie législative, la common law a reconnu depuis longtemps que, pour inciter les parties à régler leurs différends au moyen de négociations en vue d'un règlement, celles-ci doivent demeurer confidentielles. Dans l'arrêt *Gesca*, la Cour d'appel du Québec a conclu que les négociations en vue d'un règlement tenues en dehors du cadre législatif prévu par l'ancien *C.p.c.* – autrement dit celles qui ne sont pas présidées par un juge qui agit à titre de médiateur – bénéficiaient également de la protection de la confidentialité (par. 47).

Par ailleurs, le contenu des négociations peut être divulgué lorsqu'une partie cherche à prouver l'existence ou la portée du règlement puisque l'objet de la confidentialité – favoriser un règlement – ne s'impose plus. Si aucune entente n'a été conclue à l'effet contraire, les communications ne peuvent être invoquées en preuve à aucune autre fin¹⁸⁹.

Enfin, la nouveauté qu'apporte l'article 606 du *nouveau C.p.c.* concerne l'incontraignabilité de tous les participants, y compris l'avocat de la partie adverse non tenu au secret professionnel envers l'autre partie, à révéler les informations et documents confidentiels de la partie adverse obtenus dans le cadre de la médiation,

¹⁸⁷ *C.H. c D.L.*, [2001] RDF 821 (CS) au para 9. Voir aussi *P.(B.A.) c Ab. (I.M.)*, 2003 CanLII 30206 (QC CS) aux para 15-16.

¹⁸⁸ Royer, *La preuve civile*, *supra* note 181 aux pp 689-690.

¹⁸⁹ *Union Carbide Canada Inc c Bombardier Inc.*, 2014 CSC 35, [2014] 1 RCS 800 au para 25.

sous réserves toutefois des circonstances spécifiquement exclues, et ce, que la médiation soit précédée ou non de la signature d'un protocole qui prévoit la confidentialité. Cet ajout doit néanmoins être apprécié à la lumière de la pratique selon laquelle toute médiation est, de fait, précédée de la signature d'un protocole prévoyant la confidentialité des échanges faits en médiation.

Par ailleurs, nous n'avons rien trouvé dans le *nouveau Code de déontologie* (ni dans le *Code des professions*) qui fasse écho à l'article 607 du *nouveau C.p.c.*

5.3. L'arbitrage

Lorsque les parties n'auront pu régler leurs différends par la voie de la négociation ou de la médiation, l'arbitrage conventionnel s'inscrit comme l'un des modes appropriés de résolution des conflits particulièrement adapté au monde des affaires. L'arbitrage est « en quelque sorte un procès privé »¹⁹⁰, à la procédure simplifiée et assouplie, mais néanmoins contradictoire. Il est défini à l'article 2638 du *Code civil du Québec* comme suit :

La convention d'arbitrage est le contrat par lequel les parties s'engagent à soumettre un différend né ou éventuel à la décision d'un ou de plusieurs arbitres, à l'exclusion des tribunaux.

Une décision arbitrale pourra être entérinée par la Cour supérieure pour devenir exécutoire comme s'il s'agissait d'un jugement d'un tribunal de droit commun. Dans tous les cas, la sentence arbitrale est finale et sans appel.

L'arbitrage peut être prévu d'avance dans un contrat ou encore les parties peuvent décider volontairement de l'utiliser pour plusieurs raisons.

L'arbitrage peut se faire avec un seul arbitre ou encore avec trois arbitres, selon les circonstances. Les arbitres sont choisis pour leur expertise et leurs compétences selon la nature de l'affaire en litige.

L'arbitrage peut servir dans la plupart des dossiers civils ou commerciaux et en matière de droit du travail, sauf, au Québec, en matière familiale, s'agissant de l'état

¹⁹⁰ Tremblay, « La justice participative », *supra* note 119 à la p 15.

et de la capacité des personnes ainsi que des autres questions qui intéressent l'ordre public¹⁹¹.

L'arbitrage présente tantôt des avantages, tantôt des désavantages.

Ainsi, au chapitre des avantages, on notera :

- une procédure simplifiée évitant le formalisme des tribunaux et modelée selon les besoins de la cause;
- la spécialisation du ou des arbitres constituant le tribunal et dont le choix revient aux parties (dans la mesure où elles s'entendent);
- une décision obtenue plus rapidement;
- une décision obtenue à moindre coût;
- la confidentialité du processus et de la décision (sauf si on doit recourir à l'homologation ou à l'annulation de la décision);
- l'exécution volontaire de la décision plus probable;
- l'absence du droit d'appel de la décision; et,
- un « droit de regard » des tribunaux limité dans le temps aux seules demandes d'homologation et d'annulation de la décision arbitrale et pour les seuls motifs énumérés à l'article 946.4 C.p.c. (qui recevront une interprétation restrictive), étant entendu par ailleurs que le droit à la révision judiciaire (art. 33 et 846 C.p.c.) n'existe pas ici.

Par contre, au chapitre des désavantages, on dénombrera :

- les coûts* élevés de l'arbitrage;
- l'absence du droit d'appel** de la décision;
- une convention d'arbitrage souvent mal adaptée à la situation, quoique les parties pourront, de consentement, faire les ajustements qui s'imposent; et,
- une décision arbitrale isolée, exclue de la jurisprudence (à moins d'un recours en homologation ou en annulation).¹⁹²

¹⁹¹ *CcQ*, art 2639 : « Ne peut être soumis à l'arbitrage, le différend portant sur l'état et la capacité des personnes, sur les matières familiales ou sur les autres questions qui intéressent l'ordre public. Toutefois, il ne peut être fait obstacle à la convention d'arbitrage au motif que les règles applicables pour trancher le différend présentent un caractère d'ordre public. »

¹⁹² Olivier Després, « L'arbitrage conventionnel », dans École du Barreau du Québec, *Justice participative*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2014-2015, 87 à la p 90 [Després, « L'arbitrage conventionnel »].

Tout comme pour la médiation, le *nouveau C.p.c.* prévoit des règles de procédure et de preuve supplétives qui s'appliquent en matière d'arbitrage conventionnel dans la mesure où les parties n'auront pas convenu autrement ou lorsqu'il est nécessaire de compléter leur procédure¹⁹³.

5.4. Les autres modes privés de règlement

La méd-arb est une combinaison de la médiation et de l'arbitrage. Les parties donnent un mandat à une tierce partie neutre; cette dernière prévoit d'abord une intervention à titre de médiateur et, en cas d'impasse, son mandat est automatiquement transformé pour agir en tant qu'arbitre et rendre une décision.

Cette approche a l'avantage de donner toutes les chances aux parties de trouver une solution mais en cas d'impossibilité, le travail et le temps investis dans la première partie serviront à rendre une décision arbitrale. Les parties sont donc certaines d'obtenir une entente ou une décision à la fin de l'exercice.

Encore une fois, les parties peuvent être ou non représentées. Les frais sont partagés.

Comme l'arbitrage, la méd-arb n'est pas permise au Québec en matière familiale.

La négociation et la médiation sont moins contraignantes et sont souvent moins désagréables pour les parties que ne l'est l'adjudication.

5.5. Les obligations professionnelles qui en découlent

L'article premier du *nouveau C.p.c.*, dans son dernier alinéa, fait obligation aux parties de considérer le recours aux modes privés avant de saisir les tribunaux. Cette considération doit, le cas échéant, être consignée dans le protocole de l'instance anticipant le déroulement de toute action en justice¹⁹⁴. Bien qu'elle ne rende pas irrecevable l'action en justice qui n'aurait pas été précédée d'une tentative de règlement, le caractère impératif de cette disposition entraînera « un changement

¹⁹³ *Nouveau Cpc*, *supra* note 28, art 620-655.

¹⁹⁴ *Ibid*, art 148.

important dans le rôle des juristes qui devraient désormais présenter à leurs clients un ensemble de possibilités pour la résolution des conflits »¹⁹⁵.

Ainsi donc, le *nouveau C.p.c.* se veut instaurer une nouvelle mentalité axée sur le devoir de coopération des parties qui ressort tant de la Disposition préliminaire que de l'article 20. Cette consécration fait désormais des modes privés de prévention et de règlement des différends une partie intégrante de la justice civile¹⁹⁶. En effet, l'enjeu le plus important de la réforme a été, comme le recommandait le Comité de révision de la procédure civile dans son rapport de 2001, « d'arriver à insuffler un changement de culture chez tous les intervenants et utilisateurs du système judiciaire civil, de façon à ce que les citoyens puissent avoir accès à la justice dans des délais plus courts et surtout à un coût moindre »¹⁹⁷. Ce n'est que dans la mesure où les deux étapes précédentes n'auront pas été fructueuses ou efficaces que la loi interviendra en tant que solution de dernier recours pour trancher le nœud gordien.

À ceci s'ajoute le respect par les parties et par le tribunal, du principe de proportionnalité posé par l'article 18.

Enfin, tant la médiation que le *nouveau C.p.c.* prônent la recherche d'une solution juste et équitable. Mais qu'est-ce qui est juste et qu'est-ce qui est équitable?

Le mot *juste* peut être défini comme suit : qui se conforme à l'équité, en respectant les règles de la morale ou de la religion¹⁹⁸. Madame Macfarlane avance qu'une « solution pragmatique, réaliste et humaine au litige laisse une impression que l'entente est « juste ». ¹⁹⁹ »

Plus globalement, le terme «juste» découle du mot justice²⁰⁰, qui se veut un principe moral exigeant le respect du droit et de l'équité. Pour le justiciable, la Justice se

¹⁹⁵ *Nouveau code de procédure civile commenté*, *supra* note 118 à la p 2.

¹⁹⁶ *Ibid*, commentant la Disposition préliminaire et à la p 1.

¹⁹⁷ *Ibid*, mot de la ministre.

¹⁹⁸ *Le petit Larousse illustré*, 2000, *sub verbo* «juste».

¹⁹⁹ Citée dans Samson, «Justice», *supra* note 12.

²⁰⁰ *Le petit Larousse illustré*, 2000, *sub verbo* «justice».

rapproche davantage de la conception d'équité, laquelle englobe notamment la prise en compte de ses besoins, ses valeurs et ses intérêts²⁰¹.

L'équité peut aussi s'entendre comme étant la « vertu de celui qui possède un sens naturel de la justice, respecte les droits de chacun, ou encore, justice naturelle ou morale, considérée indépendamment du droit en vigueur²⁰² ».

Notons que tant les notions de ce qui est *juste* que celle de l'*équité* réfèrent à la morale, laquelle peut signifier un « ensemble de règles de conduite pour faire le bien et éviter le mal »²⁰³ ou encore un « ensemble de règles tenues pour universellement valables »²⁰⁴.

Selon Marquis, la notion de *justice* tel qu'entendue au sens du *nouveau C.p.c.* comporte deux segments. Le premier veut que pour qu'une démarche soit *juste* au sens de la Disposition préliminaire du *nouveau C.p.c.*, elle doit être adaptée aux circonstances particulières de l'affaire. En ce sens, il doit y avoir proportionnalité entre les ressources et les moyens à utiliser et les résultats escomptés afin de guider les parties dans la bonne direction. Ce premier segment de la notion de justice référerait ainsi à des perceptions, des idées et des sentiments²⁰⁵.

Le second segment du concept de *justice* concerne les solutions et les ententes.

Si la solution ou l'entente repose strictement et limitativement sur le droit, le principe de justice sera respecté s'il existe une correspondance entre les normes juridiques pertinentes et le contenu du règlement. La relation qui doit être établie entre droit et fond de l'affaire en est une de conformité.

À l'opposé, si la solution ou l'entente, tout en ne dérogeant pas aux droits et libertés de la personne et aux autres règles d'ordre public, repose sur des normes différentes de celles du droit, le principe de justice sera respecté si le règlement est cohérent. Soumis à l'analyse, les éléments de règlement doivent se révéler compatibles, liés et harmonisés.

²⁰¹ Roberge et Grahovic, «CRA», *supra* note 64 à la p 452.

²⁰² *Le petit Larousse illustré*, 2000, *subverbo* «équité».

²⁰³ *Multidictionnaire de la langue française*, 4^e éd, *subverbo* «morale».

²⁰⁴ *Le petit Larousse illustré*, 2000, *subverbo* «morale».

²⁰⁵ Marquis, «Prévention et règlement», *supra* note 43 à la p 394.

Souvent, il va de soi qu'une solution ou une entente oscillera sur l'axe tracé par ces deux pôles. À ce moment, elle devra répondre simultanément aux critères de conformité et de cohérence, dans une mesure qui dépendra de sa situation sur l'axe en question²⁰⁶.

Si le droit et la moralité ne sont pas des concepts mutuellement exclusifs, une chose demeure : les tribunaux sont tenus d'appliquer les règles de droit. Le droit doit être prévisible et il ne peut être arbitraire. Les juges ne sont pas investis du pouvoir d'appliquer les règles selon leur propre conception de ce qui est juste ou moralement bon. Leurs valeurs personnelles ne peuvent être source de considération au moment de dire le droit.

L'avocat, officier de justice, est désormais tenu de considérer les modes privés de règlement des différends d'abord, avant de saisir les tribunaux et, par la suite, à toutes les étapes du dossier. Si le recours aux tribunaux en tout dernier lieu représente une évolution sociétale souhaitable, il est néanmoins surprenant d'exiger des avocats qu'ils s'engagent avec leurs clients dans des processus autres que ceux pour quoi ils sont formés et compétents et plus précisément, en médiation, tout en maintenant intactes leurs obligations déontologiques. Rappelons que les obligations déontologiques sont des principes et des règles générales qui doivent guider le juriste dans l'exercice de ses activités professionnelles et susceptibles d'être précisées *a posteriori*. Rien dans les obligations déontologiques édictées au *nouveau Code de déontologie*²⁰⁷ ne prévoit le cas spécifique de l'avocat-accompagnateur en médiation. L'avocat-accompagnateur doit désormais endosser un rôle différent alors que sa formation de même que ses obligations déontologiques reste inchangées²⁰⁸.

Nous soulignons que la Cour d'appel a déjà décidé que « le conseil de discipline du Barreau peut déterminer *a posteriori* si le comportement dénoncé dans la plainte constitue une infraction »²⁰⁹.

²⁰⁶ *Ibid* à la p 395.

²⁰⁷ *Code de déontologie*, *supra* note 13.

²⁰⁸ Maas III, «Ethical consideration», *supra* note 50 à la p **267**.

²⁰⁹ *Béliveau c Comité de discipline (Barreau du Québec)*, [1992] RJQ 1822 au para 1827, 1992 CanLII 3299 (QC CA).

6. L'incompatibilité des obligations de l'avocat-accompagnateur dans le processus de médiation avec certaines de ses obligations déontologiques

En octobre 2008, le Barreau de Montréal conviait des intervenants du monde juridique et communautaire à la première Table ronde sur la compétence en matière de justice participative sur les défis à relever en vue d'accroître les aptitudes des avocats en cette matière. Les participants ont déterminé que la justice participative s'amorçait par une approche collaborative reposant sur des valeurs telles que l'empathie et la coopération. Ils ont également déterminé que les avocats devaient posséder une connaissance pratique des méthodes alternatives de règlement des conflits, ainsi que des habiletés particulières pour travailler en collaboration avec leurs clients et les tiers. Invités à prioriser certaines actions en vue de susciter un changement de culture au sein de la communauté juridique, les participants ont recommandé notamment de resserrer les règles déontologiques en demandant au Barreau du Québec :

- a. de continuer de mettre à jour les guides à contenu déontologique quant à la pratique de la justice participative;
- b. d'introduire au *Code de déontologie*, une disposition similaire à celle prévue dans le *Code de déontologie* de l'Association du Barreau canadien (ABC) à l'effet que les avocats ont l'obligation d'informer leurs clients de l'existence de modes alternatifs de règlement des conflits;
- c. de modifier le *Code de déontologie* pour encadrer le rôle de l'avocat dans la culture de la justice participative.²¹⁰

À ce jour, les guides à contenu déontologique sont plus axés sur le rôle de l'avocat-médiateur que celui de l'avocat-accompagnateur dans le processus de médiation²¹¹. Selon l'article 42 du *nouveau Code de déontologie*, l'avocat doit, tout au cours du mandat, informer et conseiller le client « sur l'ensemble des moyens disponibles pour

²¹⁰ Barreau de Montréal, *Table ronde sur la compétence en matière de justice participative. Rapport final et Annexes*, 2008, à la p 6, en ligne: <https://www.barreaudemontreal.qc.ca/sites/default/files/Rapport%20TR_CompetenceEnMatiereDeJusticeParticipative.pdf>.

²¹¹ Voir Pierre Renaud, « L'élaboration d'un code de déontologie en médiation : une réflexion » (1996-97) 27 RDUS 327.

régler son différend, dont l'opportunité de recourir aux modes de prévention et de règlement des différends ». Le cas échéant, l'avocat est tenu de soumettre au client « toute offre de règlement qu'il reçoit relativement au mandat et le conseille[r] dans l'évaluation de celle-ci »²¹². Il s'agit de l'ensemble des obligations qui ciblent spécifiquement les avocats-accompagnateurs. Or, le rôle de ces derniers dans le cadre du processus de la médiation risque de susciter quelques difficultés au respect de certaines obligations déontologiques d'intégrité (6.1), de conflit d'intérêts (6.2) de confidentialité (6.3) et de compétence (6.4). Autant de situations qui risquent d'avoir un impact sur sa responsabilité professionnelle (6.5).

6.1. Obligation d'intégrité

Le *nouveau Code de déontologie* préconise la collaboration entre les avocats dans l'intérêt des clients et d'une saine administration de la justice²¹³. L'avocat doit éviter « toute pratique déloyale ou tout comportement à l'égard d'un autre avocat qui est susceptible de surprendre sa bonne foi, d'abuser de sa confiance ou de critiquer sans retenue et sans fondement sa compétence, son comportement, la qualité de ses services ou ses honoraires »²¹⁴. Tous les avocats sont unanimes à dire que la profession d'avocat serait « invivable sans un minimum de respect et de confiance mutuelle »²¹⁵.

Le respect et la confiance mutuelle qui doivent exister entre les avocats sont particulièrement nécessaires en matière de négociation en vue du règlement de la cause. Le respect de la parole donnée prend ici une signification de toute première importance. Comme en tout autre domaine, l'intégrité de l'avocat est fondamentale.

Comme le rappelle le Conseil de discipline du Barreau du Québec :

Une autre facette importante de la profession repose sur la relation que les avocats doivent avoir entre eux; il en va aussi d'une saine administration de la justice que les avocats doivent agir de façon honnête et ne pas

²¹² *Code de déontologie*, *supra* note 13, art 43.

²¹³ *Code de déontologie des avocats*, art 132 al 1.

²¹⁴ *Ibid*, art 132 al 2.

²¹⁵ Jean Lanctôt, « Les devoirs envers la profession », dans École du Barreau du Québec, *Justice participative*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2015-2016, 129 à la p 136 [Lanctôt, « Les devoirs envers la profession »].

chercher à surprendre la bonne foi de leurs confrères, ou ne pas user de procédés déloyaux envers eux. L'avocat doit être cru lorsqu'il s'engage envers son confrère dans le cadre de sa relation professionnelle. C'est ce que le *Code de déontologie* veut protéger en bannissant un comportement qui irait à l'encontre des exigences de la bonne foi.²¹⁶

Ainsi, quand un avocat dit qu'il consent à une remise, ou qu'il ne procédera pas sur une inscription, ou que son client accepte une offre de règlement, l'autre avocat peut généralement s'y fier, même s'il convient dans la plupart des cas de confirmer par écrit les accords verbaux pour des raisons évidentes, ne serait-ce que pour éviter les malentendus²¹⁷.

Or, l'éthique de la négociation peut apporter certains bémols au devoir d'honnêteté imposé aux avocats de par les articles 119 et 132 du *nouveau Code de déontologie* :

Par exemple, jusqu'où un avocat peut-il user et abuser du 'bluff' vis-à-vis de son confrère assis de l'autre côté de la table, alors qu'il veut obtenir le meilleur règlement pécuniaire pour son client, tout en restant dans le respect du code de déontologie et dans le devoir de se comporter dignement? Ou comment délimiter la frontière entre la stratégie de négociation des avocats et les déclarations malicieuses qui pourraient être considérées comme un sérieux coup de canif dans l'obligation éthique et morale imposée aux disciples de Thémis par les obligations déontologiques?²¹⁸

Par exemple, un avocat a déjà été reconnu coupable par le Conseil de discipline d'avoir agi de façon à surprendre la bonne foi de son confrère en se rendant coupable envers lui d'un abus de confiance en lui déclarant que son client n'aurait d'autre choix que de faire cession de ses biens si son offre était refusée, alors qu'il ignorait totalement la situation financière de son client. Le Conseil de discipline a déclaré que l'intimé avait ainsi tenté d'induire son confrère en erreur et que tromper un confrère ou lui affirmer des faits qui ne sont pas exacts constitue un abus de confiance.²¹⁹

²¹⁶ *Avocats (Ordre professionnel des) c Cordeau*, DDE 98D-58 (CD), p 5.

²¹⁷ Lanctôt, « Les devoirs envers la profession », *supra* note 215 à la p 138.

²¹⁸ Amelia Salehabadi, *L'avocat dans la cité entre éthique et professionnalisme*, Droit-inc, 2011, en ligne: <http://www.droit-inc.com/article5502-L-avocat-dans-la-cite-entre-ethique-et-professionnalisme>.

²¹⁹ *Avocats (Ordre professionnel des) c Desrosiers*, CD Bar, 23 janvier 2003, AZ-50161663; appel sur la culpabilité rejeté et appel sur la sanction accueilli, 2004 QCTP 55.

Par ailleurs, le fait de surprendre la bonne foi d'un confrère et ainsi abuser de sa confiance n'exige pas la preuve de la mauvaise foi lors de la commission de l'acte illégal²²⁰.

L'article 5 du chapitre XVI du *Code de déontologie professionnelle* du Barreau canadien mentionne également que :

L'avocat ne doit pas utiliser de magnétophone ou autre appareil enregistreur, que ce soit lors de conversations avec son client, un confrère ou toute autre personne, même si la pratique est licite, sans d'abord avertir la personne intéressée de son intention.

En somme, l'avocat doit, dans ses rapports avec les autres avocats, fuir toute ambiguïté et éviter les faux-fuyants, les demi-vérités et jouer à livre ouvert²²¹. L'avocat doit s'acquitter de ses obligations professionnelles avec intégrité, et ce, quel que soit le mode d'exercice de sa profession.

Quoi que l'article 37²²² traitant de l'obligation d'honnêteté soit de droit nouveau, il s'agit du pendant de l'obligation d'intégrité prévue au préambule et à l'article 20 du *nouveau Code de déontologie*²²³. Cette obligation d'honnêteté s'impose d'autant plus dans le contexte plus informel des pourparlers – qu'il s'agisse de la simple négociation ou de la médiation – où les parties doivent avoir d'autant plus de raisons de compter sur la bonne foi pour régler leur conflit de manière plus rapide, effective et à moindre coût. Ainsi, nous sommes d'avis que les cas limites doivent faire l'objet d'une appréciation au cas par cas et que le *nouveau Code de déontologie*, en imposant une obligation stricte d'honnêteté et d'intégrité, encadre correctement les devoirs d'un avocat-accompagnateur dans le cadre d'un processus de médiation.

6.2. Obligation de l'avocat-accompagnateur en matière de conflit d'intérêts

La nécessité de tenir compte des intérêts de la partie adverse dans le but de favoriser des concessions mutuelles dans le cadre de la médiation risque également d'opérer

²²⁰ *Jobidon c Ingénieurs forestiers*, 2004 QCTP 89; *Desrosiers c Avocats*, *supra* note 219; *Renaud c Avocats*, 2003 QCTP 111; *Architecte c Duval*, 2003 QCTP 144.

²²¹ Lanctôt, « Les devoirs envers la profession », *supra* note 215 à la p 143.

²²² *Code de déontologie*, *supra* note 13, art 37.

²²³ *Ibid*, art 20.

une brèche dans la mentalité des avocats formés à agir dans le meilleur intérêt de son client, et de son client seul, comme le déclarait Henry Brougham, dans sa défense de la reine Caroline accusée d'adultère par son époux, le roi George IV : « L'avocat, dans l'accomplissement de son devoir, ne connaît qu'une personne au monde et cette personne est son client. »²²⁴

L'avocat, tenu d'agir dans le *meilleur intérêt de son client*²²⁵, est aussi tenu d'agir *dans le respect de la règle de droit*²²⁶. Cette obligation est prévue dans le préambule du *nouveau Code de déontologie* de même qu'à l'article 23 qui énonce que *l'avocat agit en tout temps dans le meilleur intérêt du client, dans le respect des règles de droit et de manière à établir et à maintenir une relation de confiance mutuelle*²²⁷.

Le meilleur intérêt du client, nous l'avons dit, consiste à agir de manière à favoriser l'intérêt patrimonial, physique ou psychologique du client de même qu'à protéger la confidentialité de ses renseignements et sa vie privée. Il est permis de croire que le respect de la règle de droit tel qu'entendu par le législateur implique à tout le moins le respect des droits et libertés de la personne et des règles d'ordre public²²⁸.

En effet, un avocat, sur acceptation du mandat, s'engage à bien servir les intérêts qui lui ont été confiés. Il doit y consacrer non seulement son talent et ses connaissances, mais aussi s'assurer de ne pas se laisser détourner ou distraire de ses obligations par des considérations étrangères. Il agit pour le client et veille à servir et à protéger ses

²²⁴ *Trial of Queen Caroline* (1821) dans Joseph Nightingale, *Report of the Proceedings before the House of Lords, on a Bill of Pains and Penalties against Her Majesty, Caroline Amelia Elizabeth, Queen of Great Britain, and Consort of King George the Fourth*, vol 2, part 1, Londres, J Robins, 1821, p 8, traduction de la Cour suprême du Canada dans *R c Neil*, [2002] 3 RCS 631 [Neil].

²²⁵ Jean Poitras, Arnaud Stimec et Jean-François Roberge, «The Negative Impact of Attorneys on MediationOutcomes : A Myth or a Reality?», (2010) *Negotiation Journal* 9 à la p 10; Philippe Samson, «Résolution», *supra* note 20 à la p 3.

²²⁶ *Code de déontologie*, *supra*, note 13, préambule, art 23.

²²⁷ *Ibid*, art 23.

²²⁸ À noter que l'article 5 de l'Avant-projet de loi du nouveau Code de procédure civile énonçait que «Les parties peuvent prévenir ou régler leur différend en faisant appel à des normes et à des critères autres que ceux du droit, sous réserve du respect qu'elles doivent aux droits et libertés de la personne et aux autres règles d'ordre public», voir note de bas de page no. 89 dans Hountohotegbe, «Paradigme», *supra* note 48 à la p 144.

intérêts²²⁹. Les seules limites admissibles à cette loyauté sont celles qui visent la protection et l'intégrité du système dans lequel il existe, c'est-à-dire de la saine administration de la justice²³⁰.

Ces principes posés, dans la réalité, la loyauté de l'avocat envers son client peut être mise à l'épreuve. On parle alors de conflit d'intérêts, que l'on peut définir sommairement comme le fait pour un avocat de se placer dans une situation où il serait susceptible de favoriser soit ses intérêts personnels, soit ceux d'une autre personne plutôt que les seuls intérêts de son client²³¹. Il y a conflit d'intérêts au sens déontologique du terme non seulement en cas de subordination réelle des intérêts du client à d'autres, mais également dès qu'il existe « un risque sérieux que les intérêts personnels de l'avocat ou ses devoirs envers un autre client actuel, un ancien client ou une tierce personne nuisent de façon appréciable à la représentation du client par l'avocat »²³².

La situation se complique lorsque ce n'est pas seulement en fonction d'un préjudice réel que pourrait subir le client qu'on doit déterminer s'il existe un conflit d'intérêts. Le critère est plutôt celui « de l'apparence et non celui de la certitude de l'existence d'un conflit d'intérêts et la possibilité et non la probabilité d'un préjudice pour la partie »²³³. Il ne faut pas oublier que le *nouveau Code de déontologie* ne défend pas seulement à l'avocat de trahir les intérêts de son client, mais il lui interdit aussi de se placer dans une situation où son jugement, son objectivité et sa loyauté peuvent être mis en doute²³⁴. Par conséquent, l'avocat doit non seulement éviter les situations réelles de conflits d'intérêts, mais également celles qui seraient susceptibles de le devenir.

²²⁹ *Code de déontologie, supra*, note 13, art 36 : « Bien qu'il puisse recevoir des directives d'un représentant du client relativement à l'exécution du mandat, l'avocat agit pour le client et veille à servir et à protéger les intérêts du client. »

²³⁰ Doray, « Confidentialité », *supra* note 8 à la p 49.

²³¹ Pierre-Gabriel Guimont, *Le conflit d'intérêts – plus qu'une simple notion légale*, Congrès annuel du Barreau du Québec, 1990.

²³² Neil, *supra* note 224 au para 31.

²³³ *Castor Holdings Ltd c Coopers & Lybrand*, [1995] RJQ 1665 (CA).

²³⁴ *Code de déontologie, supra* note 13, art 48 al 1-al 2(4°). Voir *P.A. c A.A.*, 2014 QCCS 99.

La relation de confiance étant une condition *sine qua non* de la relation client-avocat, il appartient à l'avocat de maintenir et préserver ce lien de confiance²³⁵. Puisque l'avocat, tout comme les parties, est appelé à délaisser son rôle traditionnel pour adopter une attitude non adversariale, ceci pourrait avoir pour effet d'ébranler le lien de confiance²³⁶ si le client constate, sans avoir été informé au préalable, que son avocat s'intéresse aussi aux intérêts de l'autre partie²³⁷. Le client peut être amené à douter de la capacité et de la compétence de son avocat à le représenter devant les tribunaux en cas d'échec de la médiation.

Dans le contexte des négociations ou de la médiation, l'article 74 du *nouveau Code de déontologie* tempère en quelque sorte l'absolu de la règle en prescrivant qu'il est tenu compte, pour décider de toute question relative à un conflit d'intérêts, du consentement explicite ou implicite des parties, notamment, ainsi que de leur bonne foi. On peut argumenter que les impératifs d'une négociation basée sur les intérêts implique presque inévitablement une tentative de prendre en compte les intérêts de la partie adverse en vue d'élaborer une solution mutuellement satisfaisante. Dans ce cadre, la précision contenue au *Code de conduite en négociation de convention collective*, élaboré par et pour les conseillers en ressources humaines agréés en vue de normaliser le comportement attendu d'un négociateur patronal ou syndical, peut s'avérer une source d'inspiration. L'article 11 du *Code de conduite* est libellé comme suit :

Dans une perspective de recherche de solutions, le négociateur peut s'entendre avec son vis-à-vis pour explorer, de manière informelle, diverses pistes de solution, sans que cette démarche lie les parties ou soit interprétée comme un engagement. Avant de donner son accord ou d'engager son mandant quant à une piste de solution, le négociateur en vérifie la faisabilité avec ce dernier.²³⁸

²³⁵Shea et Clermont, «Diversification», *supra* note 16 à la p 120.

²³⁶Maas III, «Ethical consideration», *supra* note 50 à la p 267.

²³⁷ Jean Marois et Serge Pisapia, «Comment assister son client adéquatement dans un processus de règlement non judiciaire de conflit comme la médiation civile et commerciale», (2009) Congrès annuel du Barreau du Québec 3.

²³⁸ Ordre des conseillers en ressources humaines agréés, *Code de conduite en négociation de convention collective*, en ligne: <www.portailrh.org/protection/codes/codeconduite_negociation.pdf>.

Le *nouveau Code de déontologie*, dans sa version actuelle, ne contient pas une telle disposition. Pour l'heure, nous sommes d'avis que les dispositions traitant des conflits d'intérêts ne sont pas adaptées au contexte de la médiation et ne permettent pas à l'avocat-accompagnateur d'agir avec un degré de certitude suffisant eu égard au respect de ses obligations déontologiques dans ce contexte. Pour favoriser un changement des mentalités, nous suggérons que soient modulées les obligations de l'avocat-accompagnateur en matière de conflit d'intérêt pour tenir compte aussi de son obligation de considérer les intérêts de la partie adverse au cours des négociations et de la médiation et plus globalement, en justice participative.

6.3. Obligation de confidentialité

Aussi, le respect du secret professionnel et des confidences des clients est très souvent le point central des questions relatives au conflit d'intérêts²³⁹. Le secret professionnel s'entend de l'obligation pour les personnes qui ont eu connaissance de faits confidentiels dans l'exercice de leur profession de ne pas les divulguer hors des cas prévus par la loi²⁴⁰. En règle générale, un avocat qui a reçu des informations confidentielles d'un client ne peut pas, par la suite, se servir de ces informations contre cet ancien client, à moins que les informations ne soient devenues publiques²⁴¹. En droit civil québécois, le secret professionnel de l'avocat est une institution qui comporte deux composantes. D'une part, l'obligation de confidentialité impose à l'avocat un devoir de discrétion et crée un droit corrélatif à son silence en faveur de son client. D'autre part, l'avocat bénéficie, à l'égard des tiers, d'une immunité de divulgation qui protège le contenu de l'information contre sa communication forcée, même devant le tribunal, sous les réserves et les limites prévues par les règles et principes juridiques applicables²⁴².

²³⁹ *Code de déontologie*, *supra* note 13, art 60 et s.

²⁴⁰ *Grand dictionnaire terminologique*, http://www.granddictionnaire.com/ficheOqlf.aspx?Id_Fiche=506576, <http://www.granddictionnaire.com/ficheOqlf.aspx?Id_Fiche=506576>, subverbo «secret professionnel».

²⁴¹ *Chevrier c Guimond*, [1984] RDJ 240 (CA); 9139-4429 *Québec Inc. c Rosemère (Ville de)*, 2013 QCCA 496.

²⁴² *Société d'énergie Foster Wheeler ltée c Société intermunicipale de gestion et d'élimination des déchets (SIGED) inc.*, [2004] 1 RCS 456 au para 27.

Il s'agit d'un droit appartenant au client et non à l'avocat qui, en vertu de ce principe, ne peut divulguer quoi que ce soit sans le consentement du client²⁴³. C'est aussi un droit substantiel protégé tant par le *nouveau Code de déontologie*²⁴⁴ que par la *Charte des droits et libertés de la personne*²⁴⁵. Le secret professionnel protège le client contre les divulgations non autorisées. Par exemple, l'avocat ne peut révéler les confidences de son client à qui que ce soit, incluant et surtout à la partie adverse, sans son autorisation préalable.

Juxtaposés, les articles 20 et 39 du *nouveau Code de déontologie*²⁴⁶, en matière de divulgation d'informations, imposent à l'avocat de choisir, de concert avec son client, si, quoi et quand des informations seront divulguées à la partie adverse²⁴⁷. Il peut aussi choisir de retenir une information inconnue de la partie adverse, dans la mesure où cette rétention est légale.

L'avocat a également envers son client une obligation de *conseil*. À ce sujet, le *nouveau Code de déontologie*²⁴⁸ édicte ce qui suit :

L'avocat conseille le client avec honnêteté et franchise²⁴⁹.

L'avocat fournit à son client les explications nécessaires à la compréhension et à l'appréciation de ses services professionnels²⁵⁰.

Tout au cours du mandat, l'avocat informe et conseille le client sur l'ensemble des moyens disponibles pour régler son différend, dont l'opportunité de recourir aux modes de prévention et règlement des différends²⁵¹.

L'avocat soumet au client toute offre de règlement qu'il reçoit relativement au mandat et le conseille dans l'évaluation de celle-ci²⁵².

²⁴³ Doray, «Confidentialité», *supra* note 8 à la p 74.

²⁴⁴ *Code de déontologie*, *supra* note 13, art 20.

²⁴⁵ *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c C-12, art. 9.

²⁴⁶ *Code de déontologie*, *supra* note 13, art 20, 39.

²⁴⁷ Roy, Schneebalg et Galton, «Médiation», *supra* note 16 à la p 59.

²⁴⁸ *Code de déontologie*, *supra* note 13.

²⁴⁹ *Ibid*, art 37.

²⁵⁰ *Ibid*, art 38.

²⁵¹ *Ibid*, art 42.

²⁵² *Ibid*, art 43.

L'obligation de conseil comprend l'obligation d'informer le client et ensuite, de le conseiller sur ce qu'il convient de faire²⁵³. Un *conseil* est une opinion, basée sur des connaissances, qui est exprimée dans le but d'aider quelqu'un à adopter la meilleure conduite possible ou à prendre la meilleure décision possible dans une circonstance donnée. Dans le cas de l'avocat, les conseils prodigués doivent aider le client à prendre une décision éclairée²⁵⁴ relativement à l'exercice de ses droits ou de ses obligations. Ainsi, le client pourra décider, suite à une consultation avec son avocat, d'entreprendre une poursuite. Il pourra également, au contraire, choisir d'entreprendre des négociations de règlement ou encore de ne rien faire en laissant écouler le temps à son avantage. Par ailleurs, l'article 43 stipule que l'avocat doit non seulement soumettre toute offre de règlement au client mais qu'il doit également le conseiller dans l'évaluation de celle-ci. Il s'agit-là d'un ajout par rapport à l'ancien *Code de déontologie des avocats*²⁵⁵.

En médiation, les parties devront faire preuve de transparence dans leurs échanges et collaborer afin de parvenir à une solution qui permettra de résoudre leur différend et qui sera perçue par elles comme étant juste et équitable.

Par transparence on entend « rendre accessible ce qu'on sait, pense ou détient. C'est jouer à livre ouvert, sans arrière-pensée²⁵⁶ ». Ainsi, il en découle normalement une communication de toutes les informations en la possession des parties et qui pourraient servir à dénouer et résoudre le différend. Ainsi, en médiation, il ne saurait être question de trier l'information et de retenir certaines informations qui, si elles étaient connues de la partie adverse, pourraient nuire dans le cadre d'une procédure à la Cour.

²⁵³ Thouin, «Toujours de bon conseil?», *supra* note 109 à la p 51.

²⁵⁴ *Ibid* à la p 52.

²⁵⁵ *Code de déontologie des avocats*, *supra* note 68.

²⁵⁶ Marquis, «Prévention et règlement», *supra* note 43 à la p 385.

La collaboration s'entend de l'acte de travailler ou de réfléchir ensemble pour atteindre un objectif commun²⁵⁷. Quant à la coopération, c'est le fait de contribuer à la poursuite ou à la réalisation d'une fin²⁵⁸. Elle semble englober une réalité plus vaste.

Selon la signification la plus large et la plus courante, la coopération décrit un état d'esprit et un mode de comportement où les individus conduisent leurs relations et leurs échanges d'une manière non conflictuelle ou non concurrentielle, en cherchant les modalités appropriées pour analyser ensemble et de façon partagée les situations et collaborer dans le même esprit pour parvenir à des fins communes ou acceptables par tous²⁵⁹.

Aux fins du présent travail, bien que ces termes ne soient pas parfaitement synonymes, ils sont utilisés indifféremment et ont la signification de coopération.

Julie Macfarlane souligne

« [qu']il y a lieu de croire que le processus de collaboration encourage un esprit d'ouverture et de coopération, ainsi que la volonté de trouver une solution qualitativement différente, du moins dans bien des cas, de ce qui ressortirait d'une négociation traditionnelle entre avocats, même si celles-ci étaient menées dans un esprit de coopération.²⁶⁰ »

Par ailleurs, le *nouveau C.p.c.* qualifie l'obligation de coopération et précise que les parties se doivent de *coopérer activement*²⁶¹. Ainsi Louis Marquis explique qu'au sens du *nouveau C.p.c.*,

« coopérer implique donc davantage que de fournir une contribution, de faible intensité, avec peu d'impact, bref, une contribution quelconque. Coopérer implique une contribution qui produit des effets, qui a une influence sur le cours des choses.²⁶² »

Selon cette conception de la coopération active, chaque partie est à la fois contributrice et bénéficiaire de quelque chose²⁶³.

²⁵⁷ Wikipedia, <<http://fr.wikipedia.org/wiki/Collaboration>>, *subverbo* «collaboration».

²⁵⁸ Marquis, «Prévention et règlement», *supra* note 43 à la p 390.

²⁵⁹ Wikipedia, <<http://fr.wikipedia.org/wiki/Coop%C3%A9ration>>, *subverbo* «coopération».

²⁶⁰ Shea et Clermont, «Diversification», *supra* note 16 à la p 113.

²⁶¹ Marquis, «Prévention et règlement», *supra* note 43 à la p 390.

²⁶² *Ibid.*

²⁶³ *Ibid.*

Si l'objectif de promouvoir la justice participative, dont la médiation fait partie, est de permettre aux individus de s'approprier non seulement leur conflit mais également leur différend tout en leur permettant de participer à l'élaboration de la solution et faisant ainsi naître un sentiment d'équité et de justice, comment l'avocat-accompagnateur peut-il à la fois faire preuve de transparence et divulguer, avec le consentement de son client, toute information susceptible de faire avancer et solutionner le dossier, tout en se donnant le droit de retenir les informations qui pourraient nuire advenant l'échec de la médiation? Voilà qui pose un défi. Si la résolution pacifique du litige s'impose comme mode souhaitable de règlement des différends, il faut se garder de perdre de vue la possibilité que les parties ne puissent s'entendre et que l'avocat doive plaider le dossier à la Cour. En voulant favoriser la meilleure issue possible pour le client, l'avocat-accompagnateur devra parfois choisir entre mettre en péril le règlement amiable en retenant une information qui pourrait potentiellement dénouer une impasse ou, au contraire, mettre en péril l'issue du procès en divulguant ladite information qui pourrait nuire au procès si les parties, en définitive, ne parviennent pas à s'entendre.

Revenons à la mise en situation du départ : Comment un avocat peut-il préserver le caractère confidentiel de documents remis par la partie adverse en médiation et dont lui seul détient une copie à l'exclusion de son client, et ce, dans l'éventualité où le client demande une copie de son dossier? Le *Code des professions*²⁶⁴ de même que le *nouveau Code de déontologie*²⁶⁵ exigent de l'avocat qu'il laisse le client prendre copie de son dossier.

En l'occurrence, l'avocat doit documenter son dossier afin de conserver des traces des problèmes exposés et des conseils donnés²⁶⁶.

²⁶⁴ *Code des professions*, supra note 7, art 60.5.

²⁶⁵ *Code de déontologie*, supra note 13, art 53.

²⁶⁶ Thouin, «Toujours de bon conseil?», supra note 109 à la p 79.

6.4. Obligation de compétence

Tout client a droit aux services d'un avocat compétent²⁶⁷. De manière prévisible, le *Code de déontologie*²⁶⁸ oblige ses membres à faire preuve de compétence²⁶⁹. La compétence s'entend d'une combinaison des savoirs, soit les savoir-faire et savoir-être qui s'expriment dans le cadre d'une situation de travail concrète²⁷⁰. En ce qui concerne les avocats, l'article 20 du *Code de déontologie*²⁷¹ prévoit ce qui suit :

L'avocat exerce avec compétence ses activités professionnelles. À cette fin, il développe et tient à jour ses connaissances et ses habiletés.

Conformément à cette disposition, l'avocat doit exercer ses activités professionnelles avec compétence en fournissant des informations juridiques adéquates et à jour et se comporter de manière professionnelle. Par exemple, l'avocat se doit de connaître les règles de droit et de procédure applicables au dossier du client (savoir-faire). Il se doit également d'être respectueux et courtois envers la Cour et envers ses collègues (savoir-être). Nous notons toutefois que ni le *Code des professions*²⁷², ni la *Loi sur le Barreau*²⁷³ et ni le *Code de déontologie*²⁷⁴ ne donnent de définition des termes *activités professionnelles*. Nous devons donc conclure qu'il convient de donner à ces termes leur sens courant. Ainsi, les *activités professionnelles* qu'exercent les avocats s'entendent des activités que l'avocat exerce en sa qualité d'avocat et notamment les activités à exercice réservé, tel le droit de représenter des tiers en justice²⁷⁵.

À ces compétences s'ajoute maintenant l'obligation de considérer le contexte social dans lequel le droit évolue conformément au préambule du *Code de déontologie*²⁷⁶. « Cette notion s'entend pour l'essentiel des phénomènes créateurs d'inégalités dans

²⁶⁷ *Code de déontologie*, supra note 13, art 21.

²⁶⁸ *Ibid.*

²⁶⁹ *Ibid.*, préambule al 4, art 20, 21.

²⁷⁰ Grand dictionnaire terminologique, <http://www.granddictionnaire.com/ficheOqlf.aspx?Id_Fiche=8365872>, sub verbo «compétence».

²⁷¹ *Code de déontologie*, supra note 13, art 20.

²⁷² *Code des professions*, supra note 7.

²⁷³ *Loi sur le barreau*, supra note 11.

²⁷⁴ *Code de déontologie*, supra note 13.

²⁷⁵ *Loi sur le barreau*, supra note 11, art 128.

²⁷⁶ *Code de déontologie*, supra note 13, préambule, art 9.

l'élaboration et la mise en œuvre du droit ainsi que dans l'accès à la justice au sens large.²⁷⁷ » Cette obligation de considérer le contexte social du droit répondrait à quatre (4) nécessités : juridique, éthique, déontologique et socio-politique²⁷⁸.

Nécessité juridique en vertu des chartes qui font du droit à l'égalité la pierre d'assise du droit canadien et québécois²⁷⁹.

Nécessité éthique en ce qu'il commande que des efforts soient déployés afin que les ostracisés voient leur dignité reconnue et respectée au plan juridique²⁸⁰.

Nécessité déontologique car ces phénomènes créateurs d'inégalité obligent désormais les juristes à faire preuve d'intelligence culturelle et à admettre les limites des modes traditionnels afin de les dépasser²⁸¹. De fait, le Québec d'aujourd'hui se veut multiculturel et il est désormais impossible de présumer de l'existence de codes culturels partagés par tous²⁸². L'avocat du Québec d'aujourd'hui doit donc faire preuve d'un minimum d'intelligence culturelle²⁸³. Pour ce faire, il ne lui suffit plus que de maîtriser le droit (savoir-faire), il doit de plus développer un savoir-penser, c'est-à-dire développer des modes de conceptualisation. Toutefois, le savoir-penser est indissociable d'un esprit critique²⁸⁴.

Finalement, nécessité socio-politique puisque le droit doit désormais justifier sa légitimité, celle-ci ne lui étant plus acquise d'emblée²⁸⁵.

²⁷⁷ Jean-François Gaudreault-DesBiens et Diane Labrèche, «Le contexte social du droit dans le Québec contemporain», dans École du Barreau du Québec, *Éthique, déontologie et pratique professionnelle*, Cowansville (Qc) Yvon Blais, 2014-2015 à la p 311 [Gaudreault-DesBiens et Labrèche, «Québec contemporain»].

²⁷⁸ *Ibid.*

²⁷⁹ *Ibid.*

²⁸⁰ *Ibid.*

²⁸¹ *Ibid.*

²⁸² *Ibid.*

²⁸³ Gaudreault-DesBiens et Labrèche «Intelligence culturelle», *supra* note 33 à la p 33. «L'intelligence culturelle désigne donc la faculté qu'ont des individus confrontés à des modes de pensée et de fonctionnement, souvent d'origine culturelle, qui leur sont inconnus ou qu'ils n'ont pas eux-mêmes expérimentés, de s'adapter à ces derniers et d'ajuster leurs comportements en conséquence.»

²⁸⁴ *Ibid.* à la p 5; Gaudreault-DesBiens et Labrèche, «Québec contemporain», *supra* note 119 à la p 312.

²⁸⁵ Gaudreault-DesBiens et Labrèche, «Québec contemporain», *supra* note 119 à la p 311.

Envisagé sous cet angle, la nécessité de considérer le contexte social du droit oblige donc les juristes à s'assurer d'intégrer dans leur pratique des comportements qui démontrent l'application de ces savoir-faire et savoir-penser. Ainsi, il appartient au juriste de connaître les différents codes culturels et de les faire valoir auprès des juges et des autres parties afin que ceux-ci en comprennent le sens véritable plutôt que d'interpréter ceux-ci à la lumière de leur propre code culturel²⁸⁶. Pareillement, il leur appartient aussi d'éduquer leurs clients sur l'impact que leur comportement, différent du code culturel prédominant, peut avoir sur l'autre et notamment sur le juge et la partie adverse²⁸⁷.

Concrètement, l'avocat doit tenir compte du contexte social du droit à toutes les étapes de son dossier, tant au moment de l'entrevue initiale pour bien comprendre et bien décoder le message du client²⁸⁸, qu'au moment de la préparation du dossier (choix des témoins, interprète, nécessité d'un expert sur le contexte social si nécessaire, nécessité d'éduquer le juge sur les codes culturels du témoin, etc.) et au moment de plaider²⁸⁹. Pour ce faire, il doit envisager, si requis, de faire valoir des arguments nouveaux et proposer une réforme du droit, si nécessaire, en fonction du contexte social du moment afin de pallier aux inégalités²⁹⁰.

Ainsi, il ne suffit pas que justice ait été rendue. Encore faut-il qu'elle paraisse avoir été rendue²⁹¹. En conséquence, les avocats doivent réaliser le pouvoir qu'ils disposent sur l'évolution du droit et qu'il leur appartient de démontrer les possibles effets d'exclusion d'une interprétation donnée de la norme eu égard à une situation afin que celui-ci évolue, justifiant ainsi sa légitimité²⁹².

La confiance, qui est à la base de la relation avocat-client, exige de la part de l'avocat une grande honnêteté et une capacité à évaluer à la fois sa compétence et l'étendue des contrats de services professionnels qui lui sont confiés. En effet, l'inscription au

²⁸⁶ *Ibid* à la p 316.

²⁸⁷ *Ibid* à la p 318.

²⁸⁸ Gaudreault-DesBiens et Labrèche «Intelligence culturelle», *supra* note 33 à la p 165.

²⁸⁹ Gaudreault-DesBiens et Labrèche, «Québec contemporain», *supra* note 119 à la p 336.

²⁹⁰ *Ibid* à la p 337.

²⁹¹ *Ibid* à la p 321.

²⁹² *Ibid* aux pp 321-322.

Tableau de l'Ordre garantit au justiciable que l'avocat à qui il s'adresse possède une compétence de base qui a été vérifiée. Cependant, certains domaines du droit sont complexes et évoluent rapidement. Ils exigent de l'avocat qu'il y consacre sa pratique et qu'il maintienne un haut niveau de compétence par sa participation aux cours et aux stages de formation liés à l'exercice de la profession²⁹³.

Au-delà de la définition courante du terme compétence, le Comité d'inspection professionnelle du Barreau du Québec a retenu les critères d'appréciation suivants pour évaluer la compétence professionnelle d'un avocat. Un avocat compétent se reconnaît à :

- l'étendue de ses connaissances dans ses champs de pratique;
- sa maîtrise des moyens et des techniques disponibles lui permettant d'appliquer ses connaissances avec pertinence, habileté et efficacité;
- sa capacité de mettre en œuvre ses connaissances, ces moyens et ces techniques en constituant des dossiers qui documentent la cueillette de l'information importante, les avenues disponibles, la justification des choix professionnels, leur conformité avec les objectifs et décisions du client et les étapes de réalisation des objectifs;
- sa capacité à respecter la réglementation régissant sa pratique;
- ses capacités intellectuelles, émotives et physiques;
- sa capacité à bien gérer sa pratique.²⁹⁴

Au chapitre des compétences de l'avocat dans le cadre de la justice participative, Me Jean-François Roberge a proposé l'acquisition de compétences complémentaires lors de la tenue en 2011, de la quatrième édition de la Table ronde du Barreau de Montréal, à savoir :

La capacité de :

- Diagnostiquer les motivations;
- Choisir le mode approprié de PRD;
- Stimuler la collaboration;
- Maîtriser un processus intégratif;
- Reconnaître l'éthique de la négociation;

²⁹³ *Règlement sur la formation continue obligatoire des avocats*, RLRQ, c C-26, r 19.2.001, art 2.

²⁹⁴ Brigitte Deslandes, « Les devoirs envers le client », dans École du Barreau du Québec, *Éthique, déontologie et pratique professionnelle*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2015-2016, 35 aux pp 35-36 [Deslandes, « Les devoirs envers le client »].

- Planifier et évaluer le succès;
- Reconnaître les limites du succès;
- Préparer une négociation intégrative;
- Pratiquer une négociation intégrative;
- Surmonter les techniques compétitives;
- Développer la curiosité;
- Développer la créativité.²⁹⁵

Les avocats sont-ils adéquatement préparés à jouer un rôle de conseiller dans une procédure qui ne vise pas l'adjudication sur la base de l'établissement des faits et de l'application stricte des règles de droit? En effet, certains avocats, très interventionnistes durant une session de médiation, tentent à contrôler l'échange de l'information entre les parties, voire d'empêcher leur client de parler lorsque cela serait approprié et, généralement, ne contribuent alors que très peu à atteindre les objectifs poursuivis par la médiation elle-même. Cet interventionnisme peut se justifier dans le cadre d'une enquête judiciaire tenue en bonne et due forme où tout ce qui est dit fait partie de la preuve et est susceptible d'être retenu contre les parties. Compte tenu de la précision désormais ajoutée au *nouveau Code de déontologie* voulant que l'avocat doive fournir « les services professionnels qui conviennent à la nature du mandat qui lui est confié »²⁹⁶, une attitude trop interventionniste de l'avocat entraînant l'échec des négociations ou d'une médiation et suscitant la méfiance de la partie adverse risque de faire l'objet d'une plainte déontologique. De plus, avant d'accepter ou de poursuivre un mandat, l'avocat doit désormais tenir compte des limites de sa compétence « eu égard au domaine du droit concerné ou à la nature des activités professionnelles requises, du temps dont il dispose pour son exécution et de la possibilité de coopérer avec une autre personne »²⁹⁷.

Dans le cadre de la formation professionnelle offerte aux futurs stagiaires par l'École du Barreau du Québec, les étudiants, pour être admissibles à l'évaluation finale,

²⁹⁵ Barreau de Montréal, *Table ronde sur la justice participative (4^e édition)*, 2011, aux pp 3-4, en ligne: <https://www.barreaudemontreal.qc.ca/sites/default/files/RapportTableRondeJusticeParticipative_2011.pdf>.

²⁹⁶ *Code de déontologie*, *supra* note 13, art 35 al 1.

²⁹⁷ *Ibid*, art 29 al 1 [nos soulignés].

doivent assister à cinq (5) conférences thématiques ou ateliers pratiques dont un (1) portant sur la justice participative, d'une durée de deux (2) à trois (3) heures.

Depuis 2009, tout avocat membre du Barreau doit suivre des activités de formation liées à l'exercice de la profession d'une durée d'au moins 30 heures par période de référence de 2 ans²⁹⁸. Cette obligation de formation continue se justifie « par l'évolution rapide et constante des compétences professionnelles requises pour l'exercice de la profession d'avocat et par la protection du public »²⁹⁹, et les activités de formation continue sont conçues afin de « permettre aux membres d'acquérir, de maintenir, de mettre à jour, d'améliorer et d'approfondir les compétences professionnelles liées à l'exercice de la profession »³⁰⁰. Quoique le Barreau offre plusieurs formations en justice participative, le choix des activités revient à chaque avocat qui privilégie celles qui répondent le mieux à ses besoins³⁰¹. Advenant qu'un avocat ne s'estime pas assez compétent pour mener une négociation dans des circonstances particulières, il doit aviser son client et le conseiller sur « les conditions de réalisation du mandat pour lui permettre de prendre une décision éclairée »³⁰². Lorsque l'avocat entreprend ou poursuit un mandat avec le consentement du client malgré les contraintes constatées, il doit utiliser des moyens raisonnables pour obtenir l'assistance nécessaire à son exécution³⁰³.

Advenant une plainte déontologique pour incompétence en matière de négociation ou de médiation, comment l'avocat pourrait-il justifier sa compétence alors que tout au long de son cheminement professionnel, il n'est pas tenu de suivre aucune formation obligatoire en matière de médiation, sauf les deux (2) à trois (3) heures de conférence thématique à l'École du Barreau? Or, qu'elle soit bien ou mal menée, la négociation ou la médiation peut être lourde de conséquences quant aux droits des parties en ce

²⁹⁸ *Règlement sur la formation continue obligatoire des avocats*, *supra* note 294, art 2.

²⁹⁹ *Ibid*, art 1 al 1.

³⁰⁰ *Ibid*, art 1 al 2.

³⁰¹ *Ibid*, art 4 al 1.

³⁰² *Code de déontologie*, *supra* note 13, art 29 al 2.

³⁰³ *Ibid*, art 29 al 3.

qu'elle est susceptible d'aboutir à une transaction qui emporte, entre les parties, l'autorité de la chose jugée³⁰⁴.

À cet égard, l'avocat est également tenu à un devoir de prudence et diligence. Le *Code de déontologie* énonce ceci :

L'avocat a, envers le client, des devoirs d'intégrité, de compétence, de loyauté, de confidentialité, de désintéressement, de diligence et de prudence³⁰⁵.

L'avocat fait preuve d'une disponibilité et d'une diligence raisonnables pour la réalisation des diverses tâches professionnelles reliées au mandat³⁰⁶.

L'obligation de prudence et diligence s'entend de la qualité d'attention et d'application attendue d'une personne, appréciée par rapport à une norme³⁰⁷, compte tenu des circonstances et des impératifs qui en découlent³⁰⁸.

L'avocat appelé à accompagner son client en médiation doit s'assurer de respecter, en tout temps, les obligations prévues au *nouveau Code de déontologie*, lesquelles sont impératives. Cependant, la venue du *nouveau C.p.c.* conjuguée à l'entrée en vigueur du *nouveau Code de déontologie* peut poser un problème de taille en ce qui concerne le respect de l'obligation de compétence, de prudence et de diligence. En effet, nous abondons dans le sens de Roberge en ce qui concerne les nouvelles compétences à acquérir par tout juriste du 21^e siècle qui s'engage dans un processus de justice participative avec son client. Cependant, ces dites compétences ne sont pas encore acquises et n'ont fait l'objet d'aucune formation obligatoire. Qui plus est, nous l'avons vu, certaines situations peuvent mettre le juriste dans une position délicate notamment en ce qui concerne la divulgation ou la rétention d'informations, même avec le consentement du client. Dans ces situations, nous croyons que la prudence est de mise

³⁰⁴ *CcQ*, art 2633.

³⁰⁵ *Code de déontologie*, *supra* note 13, art 20.

³⁰⁶ *Ibid*, art 39.

³⁰⁷ Thouin, «Toujours de bon conseil?», *supra* note 109 à la p 54.

³⁰⁸ *Grand dictionnaire terminologique*, http://www.granddictionnaire.com/ficheOqlf.aspx?Id_Fiche=502175, *subverbo* «prudence et diligence».

et dans le doute, nous estimons que l'avocat doit privilégier une approche plus conservatrice et retenir l'information.

Par ailleurs, les dispositions actuelles du *nouveau Code de déontologie* et celles du *nouveau C.p.c.* appelées à entrer en vigueur le 1^{er} janvier 2016 créent de nouvelles obligations déontologiques pour l'avocat de sorte que ce dernier peut se trouver à devoir choisir entre le respect de l'une ou plusieurs dispositions, au détriment de certaines autres. Cette position, loin d'être confortable, mérite d'être prise en compte.

6.5. La responsabilité professionnelle de l'avocat-accompagnateur

La situation risque de se corser lorsqu'une poursuite en responsabilité professionnelle par son client pour manquement au devoir d'intégrité se superpose à l'obligation de confidentialité de tout ce qui a été dit ou écrit au cours d'une séance de médiation. Un avocat-accompagnateur peut-il, dans le cadre d'une poursuite en responsabilité et au nom de son droit fondamental à une défense pleine et entière, dévoiler le contenu des discussions intervenues au cours d'une séance de médiation alors que celui-ci implique non seulement ce qui a été dévoilé par son client, mais également les informations provenant de la partie adverse? En effet, le libellé de l'article 606 du *nouveau C.p.c.* ne lève l'obligation de confidentialité dans le cadre d'une médiation que pour permettre au médiateur de se défendre contre une accusation de faute professionnelle. De l'autre côté, le *nouveau Code de déontologie des avocats* prévoit que l'avocat peut communiquer un renseignement confidentiel « pour se défendre en cas de poursuite, de plainte ou d'allégations mettant en doute sa compétence ou conduite professionnelle »³⁰⁹. Or, un renseignement confidentiel, au sens du *Code de déontologie des avocats*, se rapporte aux « renseignements relatifs aux affaires et activités d'un client qui sont portés à sa connaissance à l'occasion de la relation professionnelle »³¹⁰. Étant donné que l'obligation de confidentialité de ce qui a été discuté au cours d'une médiation repose également sur des considérations d'ordre public, qu'est-ce qui doit l'emporter en cas de conflit : le droit de l'avocat à une

³⁰⁹ *Code de déontologie*, *supra* note 13, art 65(4°).

³¹⁰ *Ibid*, art 60.

défense pleine et entière ou la protection de la confidentialité des parties tendant d'arriver à un règlement?

7. Conclusion

De ce qui précède, on constate que le quotidien d'un avocat-accompagnateur dans le cadre d'une médiation risque de susciter des difficultés quant au respect de certaines obligations professionnelles qui est imposé à tous les avocats de par le *nouveau Code de déontologie*. Le *nouveau Code de procédure civile* imposant désormais à toutes les parties une obligation positive de « considérer le recours aux modes privés de prévention et de règlement de leur différend avant de s'adresser aux tribunaux » (art. 1 al. 3) - considération devant faire l'objet éventuellement d'une inscription au protocole d'instance (art. 148) –, la justice participative fait assurément partie de la pratique quotidienne du droit.

Certes, déjà dans plus de 90 % des dossiers, un règlement à l'amiable intervient avant le procès. Le revirement des mentalités opéré par le *nouveau Code de procédure civile* peut donc être nuancé. Cela étant, à l'ère de la démocratisation, la pratique du droit n'est plus le monopole des avocats jaloux de leur titre de « maîtres » et dictant aux parties, du haut de leur autorité incontestée, ce qu'il leur convient ou non de dire ou de faire pour l'emporter au procès. L'ère de la justice participative redonne la place aux parties qui deviennent les premières responsables du règlement de leur dossier. Il en résulte une plus grande autonomie et responsabilisation des clients qu'il importe aux avocats de reconnaître. Dans le cadre de la justice participative, le rôle des avocats est plus d'aider, d'assister, voire de mener une négociation « raisonnée » basée sur les intérêts en vue d'une solution mutuellement satisfaisante, que d'écraser l'adversaire.

À la lumière de la présente étude, il nous semble que le *nouveau Code de déontologie* gagnerait à mieux encadrer le rôle des avocats-accompagnateurs dans le cadre d'une médiation ou de tout autre mode privé de règlement des conflits. En matière de conflit d'intérêts notamment, le fait de prendre en compte les intérêts de la partie adverse dans une perspective de recherche de règlement et d'exploration de pistes de solution, ne doit pas être interprété comme une contravention aux obligations déontologiques

de l'avocat de ne pas se placer en conflit d'intérêts. Une précision en ce sens, à la manière du *Code de conduite en négociation de convention collective*, peut donc s'avérer utile. La protection de la confidentialité des séances de médiation devrait aussi contenir une exception en faveur des avocats-accompagnateurs advenant une poursuite en responsabilité pour manquement à leurs obligations professionnelles dans le cadre d'une médiation. Le libellé actuel de l'article 606 du *nouveau Code de procédure civile* ne prévoit une telle immunité qu'en faveur du médiateur.

Par ailleurs, l'article 607 du *nouveau C.p.c.* qui prévoit que « nul ne peut obtenir un document contenu dans le dossier de médiation » ne semble s'appliquer qu'au dossier du médiateur. Pour pallier à cette difficulté, il serait pertinent de préciser que l'avocat doit constituer un dossier séparé pour y consigner les informations et documents échangés en médiation et de soustraire ce dossier à l'obligation de laisser prendre copie. L'obligation de laisser prendre copie devrait également être modulée en ce sens dans le *Code des professions*.

Pour ce qui est de la compétence des avocats-accompagnateurs ou encore menant une négociation pour le compte de leurs clients, l'enjeu déontologique peut être redressé via l'imposition d'une formation universitaire allongée comprenant une formation plus complète notamment par l'ajout de cours dans les domaines de la sociologie, de la psychologie, de la communication et des modes alternatifs de règlement des différends. De plus, dans cette optique, nous recommandons que le Barreau établisse un nombre minimum d'heures de formation à suivre en prévention et règlement des différends parmi les 30 heures de formation continue à suivre par période de référence étant donné la prégnance de la justice participative qui s'impose de plus en plus dans tous les domaines de pratique.

Par ailleurs, nous croyons nécessaire que le Barreau réitère le rôle fondamental de l'avocat qui est de veiller à la protection des droits de son client. Loin de remettre en question la nécessité de promouvoir les modes participatifs de règlement des différends au sein de l'institution judiciaire et du Barreau non plus que le rôle qu'ont à jouer les avocats dans le cadre de ces processus, nous estimons néanmoins que

l'avocat est et demeure un avocat, et ce, même lorsqu'il agit comme solutionneur de différends. Rappelons que le client qui consulte un avocat le fait toujours pour une raison bien précise, soit de connaître et protéger ses droits. Le juriste, de par sa formation, est le mieux placé pour évaluer la situation du client sur le plan juridique et, à ce titre, parce qu'il connaît bien le système judiciaire et la loi, il est également dans une position privilégiée pour exposer au client les tenants et aboutissants du système judiciaire et lui exposer les divers modes de règlement des différends qui sont disponibles et appropriés dans sa situation. La présence du juriste dans un processus de prévention et de règlement des différends doit maintenir sa raison d'être et ainsi justifier les honoraires payés.

Finalement, nous suggérons que le Barreau énonce clairement que dans toute décision en matière de responsabilité professionnelle, le syndic et le conseil de discipline tiennent compte du contexte dans lequel l'avocat exécute son mandat et notamment à la lumière des principes et valeurs qui sous-tendent les modes privés de règlement des différends. Nous croyons qu'une telle affirmation permettrait à l'avocat d'accompagner son client dans un processus de médiation avec la certitude que le contexte dans lequel le mandat s'exécute sera pris en compte. Nous sommes d'avis qu'une telle affirmation pourrait aider à réduire les résistances rencontrées en pratique.

Bibliographie

Ouvrage de référence :

Le Manuel canadien de la référence juridique, Revue de droit de Mc Gill, 8^e éd., Carswell, 2014.

Législation

Charte des droits et libertés de la personne, RLRQ, c C-12.

Code civil du Québec

Code de déontologie des avocats, LRQ c B-1, r 3.

Code de déontologie des avocats, RLRQ c B-1, r 3.1.

Code des professions, RLRQ c C-26.

Loi instituant au Code de procédure civile la médiation préalable, LRQ, 1997, c 42.

Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels, RLRQ, c A-2.1.

Loi sur le barreau, RLRQ c B-1.

PL 28, *Loi instituant le nouveau code de procédure civile*, 1^{ère} sess, 40^e lég, Québec, 2014, (sanctionné le 21 février 2014), LQ 2014, c 1.

Règlement sur la comptabilité et les normes d'exercice professionnel des avocats, c B-1, r 5.

Règlement sur la formation continue obligatoire des avocats, RLRQ, c C-26, r 19.2.001.

Règlement sur la médiation familiale, RLRQ, c C-25, r 9.

Jurisprudence

9139-4429 Québec Inc. c Rosemère (Ville de), 2013 QCCA 496.

Alice Charbonneau c Multi Restaurants Inc., [2000] RJQ 705 (CA).

Architecte c Duval, 2003 QCTP 144.

Avocats (Ordre professionnel des) c Cordeau, DDE 98D-58 (CD).

Avocats (Ordre professionnel des) c Desrosiers, CD Bar, 23 janvier 2003, AZ-50161663.

Bécharde c Roy, [1975] CA 509.

Béliveau c Comité de discipline (Barreau du Québec), [1992] RJQ 1822, 1992 CanLII 3299 (QC CA).

Bolduc c Roy, [1975] CA 505.

Castor Holdings Ltd c Coopers & Lybrand, [1995] RJQ 1665 (CA).

C.H. c D.L., [2001] RDF 821 (CS).

Charbonneau c Multi Restaurants Inc., J.E. 99-1647 (CS).

Chevrier c Guimond, [1984] RDJ 240 (CA).

Côté c Rancourt, REJB 2004-70857 (CSC).

Desrosiers c Avocats, 2004 QCTP 55.

Jobidon c Ingénieurs forestiers, 2004 QCTP 89.

Kosko c Bijimine, [2006] RJQ 1539 (CA)

Labrie c Tremblay, REJB 1999-15458 (CA).

Malo c Infirmières et infirmiers, 2003 QCTP 132.

Notaires c Dugas, 2002 CanLII 41280 (QC CA).

P.A. c A.A., 2014 QCCS 99.

P.(B.A.) c Ab. (I.M.), 2003 CanLII 30206 (QC CS).

R c Neil, [2002] 3 RCS 631.

Renaud c Avocats, 2003 QCTP 111.

Société d'énergie Foster Wheeler ltée c Société intermunicipale de gestion et d'élimination des déchets (SIGED) inc., [2004] 1 RCS 456.

Tremblay c Dionne, 2006 CanLII 1441 (QC CA).

Union Carbide Canada Inc c Bombardier Inc., 2014 CSC 35, [2014] 1 RCS 800.

Doctrine

Monographies

Barreau de Montréal, *Table ronde sur la compétence en matière de justice participative. Rapport final et Annexes*, 2008, en ligne : https://www.barreaudemontreal.qc.ca/sites/default/files/Rapport%20TR_CompetenceEnMatiereDeJusticeParticipative.pdf.

Barreau de Montréal, *Table ronde sur la justice participative (4^e édition)*, 2011, en ligne : https://www.barreaudemontreal.qc.ca/sites/default/files/RapportTableRondeJusticeParticipative_2011.pdf.

Canada, Ministère de la Justice (Services de prévention et de règlement des différends), *Le manuel relatif au règlement des conflits*, juin 1995 (mis à jour en juillet 2006), en ligne : www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/sjc-csj/sprd-dprs/res/mrrc-drrg/03.html.

Chamberland, Luc. *Le nouveau Code de procédure civile commenté*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2014.

Clark, Brian, *Lawyers and mediation*, 1^{ere} éd, coll. Springer link Humanities Berlin, Springer Berlin Heidelberg, Social Sciences & Law, 2012.

Desharnais, Gaétane. *La professionnalisation: entre la protection du public et l'intérêt des professionnels*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2008.

Faget, Jacques. *Médiation et action publique : La dynamique du fluide*, Pessac, Presses universitaires de Bordeaux, 2005.

Fischer, Roger et William Ury, traduction de Léon Braham, *Comment réussir une négociation*, Paris, Seuil, 1982.

Fisher, Roger et William Uri. *Getting to Yes – Negotiating Agreement Without Giving In*, Penguin Books 1991.

Gaudreault-DesBiens, Jean-François et Diane Labrèche. *Le contexte social du droit dans le Québec contemporain : L'intelligence culturelle dans la pratique des juristes*, Cowansville (Qc), Yvon Blais 2009.

Goulet, Mario. *Le droit disciplinaire des corporations professionnelles*, Cowansville (Qc), Yvon Blais 1993.

Guimond, Pierre-Gabriel, *Le conflit d'intérêts – plus qu'une simple notion légale*, Congrès annuel du Barreau du Québec, 1990.

Institut de médiation et d'arbitrage du Québec (IMAQ), *Code d'éthique des médiateurs*, adopté le 19 avril 2007, en ligne : <<http://www.imaq.org/wp-content/uploads/2010/07/Code-ethique-des-mediateurs19-avril-2007.pdf>>.

Latulippe, Ginette. *La médiation judiciaire : un nouvel exercice de justice*, Cowansville (Qc), Yvon Blais 2012.

Migué, Jean-Luc et Gérard Bélanger. *Le prix de la santé*, Montréal, Hurtubise HMH, 1972.

Ordre des conseillers en ressources humaines agréés, *Code de conduite en négociation de convention collective*, en ligne : <www.portailrh.org/protection/codes/codeconduite_negociation.pdf>.

Roy, Serge, AviSchneebalg et Éric Galton, *La médiation : préparer, représenter, participer*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2005.

Royer, Jean-Claude, *La preuve civile*, 2^e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1995.

Salehabadi, Amelia, *L'avocat dans la cité entre éthique et professionnalisme*, Droit-inc, 2011, en ligne : <<http://www.droit-inc.com/article5502-L-avocat-dans-la-cite-entre-ethique-et-professionnalisme>>.

Walton, Richard E et Robert B McKersie, *A Behavioral Theory of Labor Negotiations : An Analysis of a Social Interaction System*, 2e éd, Ithaca, New York, ILR Press, 1991

Walton, Richard E et Robert B McKersie, *A Behavioral Theory of Labor Negotiations*, New York, McGraw-Hill, 1965

Wright, Élisabeth, *La paternité au Québec de 1890 à 1965 : Une lecture d'ouvrages sociologiques*, mémoire de maîtrise ès arts, Université Laval, 1997 [non publié].

Périodiques

Baribeau, Louis. «Le règlement à l'amiable : Mode de règlement de plus en plus prisé», (2004) 36 : 12 J du B 4.

Beaumier, Francine, « La médiation familiale », dans École du Barreau du Québec, *Personnes, famille et successions*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2014, 147.

Belzile, Violaine. «Le rôle du conseiller juridique indépendant et la médiation» (2008) 2 :1 Revue scientifique de l'AIFI 13.

Bergeron, Yves F. «Le «Coaching» du client en médiation familiale», dans *Développements récents en médiation* (2001) Barreau du Québec, Service de la formation permanente du Barreau du Québec, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 29.

Brière, Jean-Yves, « La conduite d'une négociation », dans École du Barreau du Québec, *Justice participative*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2014-2015, 47.

Brière, Jean-Yves, « La théorie de la négociation », dans École du Barreau du Québec, *Justice participative*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2014-2015, 21.

Chabot, Marie-France. «Le rôle de l'avocat à l'heure des modes alternatifs de règlement des litiges», dans *Développements récents en médiation* (1996) Barreau du Québec, Service de la formation permanente du Barreau du Québec, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 127.

Cournoyer, Guy et Nicolas Cournoyer. «La faute déontologique : sa formulation, ses fondements et sa preuve», dans *Développements récents en déontologie, droit professionnel et disciplinaire* (2007) Barreau du Québec, Service de la formation permanente du Barreau du Québec, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 183.

Deslandes, Brigitte, « Les devoirs envers le client », dans École du Barreau du Québec, *Éthique, déontologie et pratique professionnelle*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2015-2016, 35.

Deslauriers, Jean-Martin, « L'évolution du rôle du père au Québec » (2002) 116 Intervention 145.

Després, Olivier, « L'arbitrage conventionnel », dans École du Barreau du Québec, *Justice participative*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2014-2015, 87.

Dockès, Emmanuel, « Le pouvoir dans les rapports de travail » (2004) Droit social 626.

Doray, Raymond. «Le devoir de confidentialité et le conflit d'intérêts», dans École du Barreau du Québec, *Éthique, déontologie et pratique professionnelle*, Cowansville (Qc) Yvon Blais, 2015-2016, 45.

Gaudreault-DesBiens, Jean-François et Diane Labrèche. «Le contexte social du droit dans le Québec contemporain», dans École du Barreau du Québec, *Éthique, déontologie et pratique professionnelle*, Cowansville (Qc) Yvon Blais, 2014-2015.

Hébert, Jean-Claude. «La faute professionnelle des avocats» (2012) Congrès annuel du Barreau du Québec 2.

Lalonde, Louise. «Les modes de PRD : vers une nouvelle conception de la justice», (2003) 1 : 2 RPRD 17.

Lalonde, Louise. «Médiation et droit : opposition, intégration ou transformation ? Le «continuum» dans la pratique civile et commerciale de la médiation», dans *Développements récents en médiation* (2001) Barreau du Québec, Service de la formation permanente du Barreau du Québec, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 73.

Lanctôt, Jean, « Les devoirs envers la profession », dans École du Barreau du Québec, *Justice participative*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2015-2016, 129.

Leblanc, Martin. «La médiation civile et commerciale. Le rôle de l'avocat en médiation», 35 : 7 J du B 2003.

Létourneau, Jovette et André Ladouceur. «Le rôle de l'avocat en médiation», dans *Développements récents en médiation* (2001) Barreau du Québec, Service de la formation permanente du Barreau du Québec, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 33.

Maas III, Earl H. «Ethical considerations in mediation» (1998) 65:2 Defense Counsel Journal, Chicago, International Association of Defense Counsel, p 265.

Marois, Jean et Serge Pisapia, «Comment assister son client adéquatement dans un processus de règlement non judiciaire de conflit comme la médiation civile et commerciale», (2009) Congrès annuel du Barreau du Québec 3.

Marquis, Louis. «La prévention et le règlement des différends : vers quel droit ?» (2003) 1 : 3 RPRD 17.

Mercure, Daniel, « Le nouveau modèle de pouvoir et de domination au travail dans le mode de production postfordiste » (2013) SociologieS, en ligne: <<http://sociologies.revues.org/4227>> .

Nadeau, Brigitte et Michèle St-Onge. «Éthique et déontologie» (2009) Congrès annuel du Barreau du Québec 3.

Pirie, Andrew. «The lawyer as Mediator: Professional responsibility Problems or Profession Problems?», (1985) 63 *Can. Bar. Rev.* 384.

Poirier, Sylvie. «L'objectif de protection du public: quand la fin justifie les moyens – variations sur un thème», dans *Développements récents en déontologie, droit professionnel et disciplinaire* (2005) Barreau du Québec, Service de la formation permanente du Barreau du Québec, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 119.

Poitras, Jean, Arnaud Stimec et Jean-François Roberge, «The Negative Impact of Attorneys on Mediation Outcomes : A Myth or a Reality?», (2010) *Negotiation Journal* 9.

Renaud, Pierre, « L'élaboration d'un code de déontologie en médiation : une réflexion » (1996-97) 27 *RDUS* 327

Roberge, Jean-François et Elvis Grahovic. «L'accès à la justice et le succès en conférence de règlement à l'amiable (CRA) : mythes et réalités» (2014) 73 *R du B* 435.

Samson, Philippe, «Justice participative et droit collaboratif. Vers une nouvelle pratique du droit» (2009) 41 :10 *J du B* 33.

Samson, Philippe, «La résolution des conflits du XXI^e siècle» (2009) 41 :12 *J du B* 3.

Shea, Martha et Suzanne Clairmont. «Le droit collaboratif : la diversification de la pratique», dans *Développements récents en justice participative: la diversification de la pratique de l'avocat 2006*, (2006) Barreau du Québec, Service de la formation permanente du Barreau du Québec, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 127.

Thouin, Marie-Chantal. «L'avocat, toujours de bon conseil?», dans *Développements récents en déontologie, droit professionnel et disciplinaire* (2005), Barreau du Québec, Service de la formation permanente, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 49.

Tremblay, Miville, « La justice participative », dans École du Barreau du Québec, *Justice participative*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2014-2015

Weinstock, Daniel. «Introduction aux fondements de l'éthique et de la déontologie» dans École du Barreau du Québec, *Éthique, déontologie et pratique professionnelle*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2014-2015

Ouvrages collectifs

Cadiet, Loïc. «Conférence de synthèse: le rôle social de l'avocat dans un contexte global» dans Benoît Moore, Catherine Piché et Marie-Claude Rigaud, dir, *L'avocat dans la cité : éthique et professionnalisme*, Montréal, Thémis, 2012, 221.

Desdevisses, Yvon, «Les recherches sur les MARL : aspects juridiques», dans Pierre Chevalier, Yvon Desdevisses et Philip Milburn, dir, *Les modes alternatifs de règlement des litiges : les voies nouvelles d'une autre justice*, Paris, La documentation Française, 2003, 55.

Henri, Isaac. «Éthique individuelle, déontologie professionnelle et management», XIII^e Entretiens Jacques-Cartier HEC Montréal, 05-10-2000 7.

Hountohotegbe, S. Axel-Luc. «Le nouveau Code de procédure civile du Québec et le paradigme de la régulation», dans Louise Lalonde et Stéphane Bernatchez, dir, *Le nouveau Code de procédure civile du Québec*, Sherbrooke, Les éditions Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke, 2014, 143.

Marquis, Louis. «La prévention et le règlement des différends : socles du nouveau Code de procédure civile du Québec» dans Louise Lalonde et Stéphane Bernatchez, dir, *Le nouveau Code de procédure civile du Québec*, Sherbrooke, Les éditions Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke, 2014, 373.

Otis, Louise. «La transformation de notre rapport au droit par la médiation judiciaire» dans 8^e Conférence Albert Mayrand, Montréal, Thémis, 2004 7.

Vibert, Stéphane, dir, *Pluralisme et démocratie – Entre culture, droit et politique*, coll Débats, Montréal, Québec Amérique, 2007.

Dictionnaires généraux

Grand dictionnaire terminologique.

Le petit Larousse illustré, 2000.

Le petit Robert, 2013.

Le petit Robert de la langue française, [en ligne].

Multidictionnaire de la langue française, 4^e éd.

Wikipedia.

Autres documents

Barreau du Québec, communiqué, «Le Code de déontologie des avocats fait peau neuve» (12 mars 2015), en ligne : Site officiel du Barreau du Québec <<http://www.barreau.qc.ca/fr/actualites-edias/communiqués/2015/03/12-deonto>>.